RENATA BARBOSA DE ALMEIDA
WALSIR EDSON RODRIGUES JÚNIOR

# DIREITO CIVIL

## FAMÍLIAS

Este livro é uma proposta de estudo reflexivo do Direito das Famílias. Como tal, reúne a análise dos institutos inseridos neste ramo, mas não apenas a partir do que deles já foi falado pela doutrina e pela jurisprudência, tradicionais e contemporâneas. Para além da apresentação deste panorama, a incitação ao raciocínio crítico é aspecto particular da obra.

Parte-se do pressuposto de que são características essenciais do Direito das Famílias a sua socialidade e a sua vinculação à normativa constitucional. Assim, o estudo aqui realizado se assenta, por um lado, no amparo do ambiente social, com as alterações que lhes são próprias e constantes; por outro lado, é remissivo às orientações normativas da Constituição Federal de 1988.

O ponto de partida eleito é, pois, a evolução da estrutura familiar, sublinhando-se, de início, a pluralidade com que o fenômeno sócio-jurídico da família se impõe. A apreensão normativa deste predicado, por sua vez, é filtrada – e fortificada – pelo compromisso constitucional de construir um Estado Democrático de Direito. Desta maneira, os critérios hermenêuticos adequados à compreensão do Direito das Famílias são encontrados, tornando possível identificar quais os seus verdadeiros princípios disciplinadores.

Nesse contexto, afetividade, monogamia, multiparentalidade, origem genética, parto anônimo, alienação parental, responsabilidade civil nas relações familiares, mediação familiar, família homoafetiva e famílias simultâneas, são alguns dos intricados temas de Direito das Famílias abordados e discutidos de maneira criteriosa, inovadora e responsável.

Estas são, então, as premissas aqui eleitas, que direcionam a leitura individualizada dos institutos familiares. Todo o enfoque se propõe teórico e prático, e sempre sob uma preocupação didática. Assim, este livro se direciona aos estudiosos do Direito, em geral, visando contribuir para um pensamento jurídico-familiar verdadeiramente comprometido com a realidade e com os ditames constitucionais.

doi 10.29327/5198985

Renata Barbosa de Almeida
Walsir Edson Rodrigues Júnior

# DIREITO CIVIL

## Famílias

3ª Edição

Belo Horizonte
Editora Expert- 2023

**Direção editorial:** Luciana de Castro Bastos
**Diagramação e Capa:** Editora Expert
**Revisão:**Do Autor
**A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.**

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**
ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson
Titulo: Direito Civil Famílias - Belo Horizonte - Editora Expert - 2023.
Autores: Renata Barbosa de Almeida, Walsir Edson Rodrigues Júnior
ISBN: 978-65-6006-001-2
DOI: 10.29327/5198985
Modo de acesso: https://experteditora.com.br
1.Direito de família 2.Estrutura familiar 3.Pluralidade Familiar I. I. Título.
CDD. 342.16

**Pedidos dessa obra:**

**experteditora.com.br**
**contato@editoraexpert.com.br**

# Autores

**RENATA BARBOSA DE ALMEIDA**
Doutora em Direito Privado pela PUC-Minas e Mestre em Direito Civil pela UERJ.
Investigadora Visitante na Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra, Portugal.
Bolsista da CAPES/PDEE.
Professora adjunta da graduação em Direito e da pós-
graduação em Novos Direitos, Novos Sujeitos da UFOP

**WALSIR EDSON RODRIGUES JÚNIOR**
Doutor e Mestre em Direito pela PUC-Minas.
Especialista em Direito Notarial e Registral pela
Faculdade de Direito Milton Campos.
Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação, Especialização,
Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-Minas.
Professor de Direito Civil na Fundação Escola Superior do Ministério Público
do Distrito Federal e Territórios.
Advogado e sócio do escritório CRON Advocacia (www.cron.adv.br).

À mamãe, em quem personifico toda minha família, a grande responsável pelo meu constante aprendizado. Aos meus filhos por me desafiarem a viver o amor mais incondicional.
**Renata Barbosa de Almeida**

À Fernanda e à Mariana, por compartilharem comigo a prática de uma família eudemonista.
**Walsir Edson Rodrigues Júnior**

# Agradecimentos

A disposição para construir uma obra é, sobretudo, impulsionada pela expectativa da sua leitura e das impressões deixadas por ela em quem a realiza. Dessa forma, registram-se aqui os nossos sinceros agradecimentos a Breno Mendes Forel Muniz Vianna, Iara Antunes de Souza, Luciana Leão Pereira e Marina Alice de Souza Santos, por terem nos proporcionado, por meio de uma criteriosa análise dos originais, a primeira resposta deste trabalho.

Ao Aluísio de Oliveira Santos, pela sua generosidade na análise minuciosa desta terceira edição. Seu apoio foi essencial para finalização desta versão da obra. Muito obrigado!

**Renata Barbosa de Almeida**
**Walsir Edson Rodrigues Júnior**

# Prefácio

Incumbiu a mim, por honroso convite dos autores, a tarefa de prefaciar a obra que ora se apresenta aos alunos e profissionais do Direito. A tarefa é fácil, pois o livro se apresenta por si mesmo. Basta ao leitor folhear o sumário para ter uma excelente ideia do conteúdo, fruto de anos de trabalho sério, de pesquisa científica dos professores Renata e Walsir.

O Direito de Família sofreu uma grande revolução dos anos 80 para cá. Isso se deveu, sem sombra de dúvida, à Constituição de 1988, que, pela primeira vez no Brasil, reconheceu, admitiu e legitimou a família plural. Por isso mesmo, muitos autores vêm até se referindo a um Direito das Famílias, em vez do tradicional Direito de Família. Se, de um lado, do ponto de vista linguístico, a nova terminologia é de gosto e estilo questionáveis, uma vez que *Direito de Família* é expressão genérica o bastante para abranger toda a diversidade do fenômeno familiar, do ponto de vista jurídico-cultural, por outro lado, ela marca uma mudança de enfoque sobre o Direito de Família, que passa a ser o Direito de todo e qualquer modelo de família, não mais apenas do modelo católico de família nuclear.

É importante frisar, contudo, que, diferentemente do que afirmam muitos, a família, enquanto fenômeno sociológico e histórico, sempre foi plural. O que não era plural era o Direito de Família, que, no Brasil, desde a época colonial até a Constituição de 1988, só reconhecia, admitia e atribuía legitimidade à família formada por pai, mãe e filhos; num primeiro momento, com as bênçãos da Igreja, depois, quando nada, com as bênçãos do Estado, por meio do casamento civil.

Com a Carta Democrática de 1988, o legislador reconhece oficialmente a existência de outros modelos de família. Não só reconhece, mas confere-lhes legitimidade. Mais recentemente, o Código Civil também segue a mesma linha, aliás como não poderia deixar de ser, sob pena de inconstitucionalidade.

De fato, o legislador nada mais fez do que adequar a legalidade à realidade. Verdade seja dita, a família sempre foi plural, por mais que Estado e Igreja quisessem amoldá-la a um só padrão. A única coisa que conseguiram foi marginalizar muitas pessoas que viviam em união estável; e outro grande número de filhos extraconjugais, só para citar dois exemplos.

Bem, a obra *Direito Civil: Famílias* dos professores Renata e Walsir aborda tudo isso e muito mais. O tratamento é civil-constitucional, ou seja, o Direito Codificado é lido à luz dos princípios e valores constitucionais, que garantem à família o *status* de *locus* de promoção da dignidade de cada um de seus membros. O enfoque é teórico, mas também prático. Muitas decisões de nossos tribunais são analisadas ao longo da obra. Cuidam os autores da Lei posta e da Lei proposta, sempre com o necessário olhar crítico. Exemplo disso é o item reservado à discussão do afeto entre pais e filhos. Concluem muito bem que o Direito não tem como dar conta disso. Em suas palavras,

*é possível concluir que, não importa o tipo de relação familiar, a falta de afeto por si só não gera responsabilidade civil. O Direito não pode obrigar ninguém a ter ou demonstrar afeto por outra pessoa, por mais desejável e importante que possa ser a construção de vínculos afetivos para o desenvolvimento da personalidade de todo ser humano. A falta de afeto ou o desamor não se repara, não se indeniza. Admitir o contrário é contrariar a essência do próprio sentimento, significa instrumentalizar o ser humano.*

*A análise da afetividade como princípio determinaria a adoção de novos parâmetros na solução dos conflitos familiares, já que, como princípio, teria de ser utilizada não apenas como critério de interpretação, mas também como norma (já que as normas se dividem em princípios e regras) geradora de direitos e deveres nas relações familiares na medida em que seria dotada de imperatividade e, consequentemente, de coerção.*

*Princípios pertencem ao plano deôntico, cujo conceito principal é o* dever-ser*, o que induz a uma avaliação de lícito ou ilícito. Valores, por sua vez, pertencem ao âmbito da axiologia, cujo elementar conceito é o* bom *e suas respectivas avaliações atinem ao melhor ou pior. Portanto, não é possível confundir princípios com valores, e vice-versa. As avaliações do que seja bom, mau, melhor ou pior, além de poderem ser as mais variadas possíveis, não são as razões que justificam o que é devido. E isso exatamente porque o* dever-ser *o é para todos e a todos vincula; o que é* bom *o é para alguns e, não sendo para outros, não admite entendê-lo por obrigatório.*

*Verifica-se não ser possível a inserção da afetividade no campo dos princípios, do* dever-ser*; ao contrário, a principal característica do afeto é a espontaneidade de um sentimento que se apresenta naturalmente e, por isso, é autêntico. O afeto - uma vez imposto - não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos. Por isso, o Direito não possui meios e, menos ainda, legitimidade para resolver a falta de afeto no âmbito das relações familiares.*

*A falta de afeto é um fenômeno social que não é e não pode ser regulado por normas jurídicas. Assim, diante da falta de afeto – muitas vezes responsável pelos conflitos familiares – e da espontaneidade que é inerente à afetividade, toma-se por ideal que a construção ou a desconstrução de possíveis vínculos afetivos nas relações familiares seja buscada em conjunto, por meio de práticas discursivas dialógicas entre as partes envolvidas.*

Os parágrafos anteriores dão uma boa ideia do quão estimulante será a leitura, que gratificará a todos que a empreenderem com valiosas lições de direito, de filosofia, de sociologia e de ética familiar.

Boa leitura!

Belo Horizonte, novembro de 2009.

**César Fiuza**
*Advogado, consultor jurídico e parecerista.*
*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.*
*Professor Associado na Universidade Federal de Minas Gerais.*
*Professor emérito de Direito Civil na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais.*

# Nota dos Autores à Terceira Edição

É com muita alegria que lançamos esta terceira edição. Após muitas modificações legislativas e evoluções do pensamento doutrinário, esperamos entregar, neste momento, uma obra atualizada a contento, sem perder o viés provocativo e reflexivo. Desejamos a todos boa leitora!

**Renata Barbosa de Almeida**
renata_balmeida@yahoo.com.br
**Walsir Edson Rodrigues Júnior**
walsir@cron.adv.br
www.cron.adv.br

# *Nota dos Autores à Segunda Edição*

É com grande satisfação que comemoramos a publicação da 2ª edição desta obra. Agradecemos, sinceramente, aos profissionais, professores, alunos e demais estudiosos do Direito das Famílias pela receptividade, indicação, utilização e, sobretudo, pelas sugestões e críticas, tão necessárias ao aprimoramento de nosso trabalho. Certos de que um texto sobre as famílias e seus efeitos jurídicos será sempre incompleto e passível de ajustes e correções, como sói acontecer com o próprio conceito de família na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, aperfeiçoamos alguns capítulos e atualizamos a obra em consonância com as recentes discussões doutrinárias e modificações legislativas e jurisprudenciais. Além disso, foram inseridos os enunciados da V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que versam sobre o direito das famílias. O objetivo principal da obra permanece intacto: a incitação ao raciocínio crítico.

**Renata Barbosa de Almeida**
renata_balmeida@yahoo.com.br
**Walsir Edson Rodrigues Júnior**
walsir@cron.adv.br
www.cron.adv.br

# *Nota dos Autores à Primeira Edição*

Esta é a nossa primeira oportunidade de demonstrar, em uma única obra, alguns particulares raciocínios relacionados aos dilemas intrínsecos ao Direito Familiar. Assim, a despeito do encantamento que possa nos ter ocupado e que possa fazer soar ousados alguns de nossos pensamentos, a proposta é singela e responsável. Nossa pretensão foi, apenas, de refletir sobre os institutos jurídicos a partir de parâmetros interpretativos cridos adequados à feição social da família, hoje, e aos predicados do Estado Democrático de Direito. Não se intuiu, de modo algum, ditar novas diretrizes, mas, tão somente, fazer pensar. Esperamos tê-lo conseguido.

**Renata Barbosa de Almeida**
renata_balmeida@yahoo.com.br
**Walsir Edson Rodrigues Júnior**
walsir@cron.adv.br
www.cron.adv.br

# Sumário

## 17. RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES .............. 685



## 18. FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES ........................................................................................ 713

# 1 Evolução da Estrutura Familiar: da Unidade à Pluralidade

## 1.1. Uma adequada perspectiva de análise

A família é considerada a célula, a base fundamental da sociedade. Sua existência é, por isso, secular. Talvez, ela possa ser considerada uma das formações mais antigas. Por outro lado – o que parece um contrassenso – também é possível afirmar ser ela ainda plenamente atual. Transcorridas diferentes épocas, a família persistiu. E, assim, exatamente por acompanhar o desenvolvimento social, a família vai se adequando a ele conforme necessário. Em cada momento histórico, novas necessidades, novos interesses e, consequentemente, uma peculiar estruturação familiar. Nas palavras de Rosana Amara Girardi Fachin, "a mudança da sociedade é o elemento informador para a evolução da família."[1]

Nisso encontra-se a grande dificuldade de sua definição. Diante de tantas alterações – em virtude da adaptação à conjuntura social – a família alcança variados conceitos. Significações divers65as condizentes com diferentes momentos históricos. Em vista disso, não há um único sentido para o termo – ao menos de caráter atemporal.

Considerando a grande importância social da família, coerente é o fato de o Direito dela se ocupar (art. 226, *caput* da CF/88). Com a função de harmonizar as relações sociais, o Direito considera a família como o principal ambiente onde estas ocorrem. Ao destinar-lhe tutela, preserva a própria sociedade. Destaque-se, porém, que, para haver a proteção jurídica, é preciso partir de um certo entendimento da família. É diante de uma concepção que se formula o tratamento que lhe será destinado.

Nesse sentido, o Direito postou-se a delinear a família, reconhecendo-a em tal moldura – e tão somente a ela – a aptidão para gerar efeitos, ou seja, o Direito reconhece e trata apenas aquela situação que ele próprio considera família. Disso já decorre constatação de grande relevância: na medida em que o Direito fixa o entendimento do que é família, paralelamente determina o que não é. "Quando o Direito 'diz' – define – outrossim, exclui. A linguagem jurídica, ao mesmo tempo em que assegura alguns fatos como produtores de efeitos jurídicos, exerce a exclusão daqueles não disciplinados."[2]

Tal conclusão aufere relevo ainda maior quando relembrada a variabilidade da significação de família. Como dito, diante do desenvolvimento social, alçam-se

---

1 FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 79.

2 MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11.

múltiplas formas familiares e, portanto, é possível que o Direito não acompanhe tal movimento ao definir o que seja família. Consequentemente, poder-se-á verificar exclusão jurídica de certas situações – porque se diferenciam do modelo predisposto – que verdadeiramente representam, naquele contexto social fático, uma família. Isso parece preocupante.

Nesse ponto, vale incitar a discussão acerca da própria validade do Direito. Recorde-se Claus-Wilhelm Canaris, segundo o qual o Direito preserva sua utilidade e eficácia quanto mais fielmente representa a realidade social na qual se insere e à qual se dirige. Ao revés, caso haja discrepância entre estes universos – real e jurídico – comprometida estará a função precípua da ordem jurídica, qual seja, ordenar a sociedade.[3]

Vale asseverar de antemão que a família, como realidade social, precede ao Direito, não sendo, portanto, criação deste. O sistema jurídico apenas a reconhece e lhe concede proteção. Nesse sentido, há necessidade de o reconhecimento ser verdadeiro, não desvirtuado, sob pena de – aí sim – deparar-se com uma indevida produção jurídica. Nenhum estudo acerca dessa matéria pode perder de vista esse parâmetro. Como bem asseverou Rui Geraldo Camargo Viana: "A família é, antes de tudo, uma realidade social [...] sua disciplina legal uma construção necessariamente reconstrutiva; o direito trabalha com conceitos preexistentes que procura organizar. A família, como estado de fato, não é produto do direito, mas geradora de fenômenos jurídicos."[4]

Em síntese, se a compreensão da família se condiciona ao ambiente social e o Direito pretende dispensar-lhe tutela válida, imperioso é que este se mostre atento às eventuais alterações de significado pelas quais a família pode passar. Nessa perspectiva é que se crê válida a verificação e a avaliação de cada um dos entendimentos jurídicos sobre a família, constatados no decorrer dos tempos. Por meio dessa visão crítica, deparar-se-á com certas incongruências do Direito pátrio e, ainda, concluir-se-á, diante do vigente ordenamento jurídico, acerca de um conceito, ao menos contemporâneo, de família. Afinal, outros fatalmente virão.

## 1.2. Da família romana à família codicista

O movimento de codificação, como um todo, e o Código Civil brasileiro de 1916, em particular, formaram-se sob flagrante e decisiva influência do Direito Romano. Os ditames deste foram essenciais para o lapidar daqueles sistemas jurídicos que se instituíam. Desse modo, antes de analisar a referida codificação pátria propriamente dita, crê-se conveniente observar o que a contornou. Assim o fazendo, mais simples se tornará sua compreensão. Inicie-se, pois, por Roma.

3 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

4 VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. *In*: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 46. No mesmo sentido: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento:* de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 23.

A sacralização é nota sonante na *cidade antiga*. A religiosidade é a condicionante e, assim, circunscreve também – e principalmente – a família. Nas precisas palavras de Fustel de Coulanges, "a família antiga é assim associação religiosa, mais que associação da natureza."[5]

A família romana é descrita como a comunidade de culto dos mortos. Adorar os antepassados era a forma de conceder-lhes valor e mesmo felicidade. E isso a tal ponto de se crer que a importância do falecido se encontrava não nas ações por ele efetuadas em vida, mas no culto a ele prestado pelos familiares, a partir de sua morte.[6] Daí a interligação das pessoas. Em cada grupo, antepassados a serem reverenciados representavam a chamada *religião doméstica*.

Em face disso, já se torna inteligível a necessidade de pessoas para o culto, isto é, imprescindível é a existência de gerações posteriores para adorar as passadas. Descendentes para reconhecer a santidade dos ascendentes e por esta prezar. Formula-se, então, o *casamento como assento dessa família*.

O casamento era, antes de mais nada, solenidade religiosa[7] mediante a qual a mulher era afastada, definitivamente, da sua inicial religião doméstica – representada pelo pai – para ingressar em outra, a do marido. Assim, deixava de cultuar seus antecedentes para fazê-lo pelos do seu esposo. Isso porque não se permitia a concorrência de religiões domésticas. Apenas se podia pertencer a uma delas.

Em virtude disso, a mulher perdia o vínculo familiar antes estabelecido por seu pai. O casamento representava para ela uma espécie de novo nascimento.[8] Concedia-lhe uma segunda família à qual se ligava a partir de então até a sua morte. O casamento tinha caráter indissolúvel. Do contrário, admitida a troca ininterrupta de comunidades familiares, concorrer-se-ia para grande instabilidade religiosa.

Como primeira – e primaz – instituição social, o casamento emerge como único recurso válido para a preservação do sacramento de adoração dos antepassados. Por intermédio dele, legitimamente uniam-se um homem e uma mulher a fim de gerarem outros sujeitos. A família romana tinha um fim certo: a reprodução. E na exata medida desse fim, adquiria caráter inevitável. Todos se destinavam ao matrimônio.[9]

---

5 COLANGES, Fustel. *A cidade antiga.* Lisboa: Livraria Clássica, 1950, p. 47.

6 COLANGES, Fustel. *A cidade antiga.* Lisboa: Livraria Clássica, 1950, p. 55.

7 Tratava-se de uma efetiva cerimônia. Num primeiro momento, o pai pronunciava que concedia sua filha em casamento. Essa era a ação pela qual ela era desligada da religião doméstica inicial, fato imprescindível justamente porque não se podia pertencer, concomitantemente, a dois cultos. Num segundo momento, a mulher era levada à casa do marido sem, porém, tocar seus pés à soleira. Era carregada pelo esposo. Assim justamente porque ainda não integrava aquele novo grupo. Isso só ocorria após o terceiro ato: diante da divindade local, rezava-se e, então, os esposos dividiam uma espécie de refeição. Aí que se iniciavam a comunhão religiosa e a formação familiar. (COLANGES, Fustel. *A cidade antiga.* Lisboa: Livraria Clássica, 1950, p. 50 e segs.).

8 COLANGES, Fustel. *A cidade antiga.* Lisboa: Livraria Clássica, 1950, p. 53.

9 Ainda segundo Fustel Colanges: "O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objetivo principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associar-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto

Disso decorrem importantes reflexos. Em primeiro lugar, o celibato era condenado. O fato de não haver quem mantivesse a reverência era encarado como uma desgraça, uma afronta aos ancestrais e à religião doméstica. A sequência familiar não poderia ser interrompida. Como essa continuidade familiar só poderia dar-se sob os laços do matrimônio – ilegítimos quaisquer nascimentos a ele exteriores – os solteiros, definitivamente, não contribuíam para a preservação sacramental. Em segundo lugar, a necessidade de descendência destinava à mulher uma função reprodutiva primordial. A reprodução, na verdade, resumia a figura feminina. Era exatamente por essa necessidade – e tão somente por ela – que a família se formava, mediante a agregação da mulher ao marido.

Em consequência, eventual incapacidade reprodutiva tornava a mulher inútil, retirando, pois, a validade do casamento efetuado. Diante dessa constatação, permitia-se que o homem anulasse o casamento, por verdadeira falta de prestabilidade. “Tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, parece de justiça que pudesse anular-se no caso de esterilidade da mulher.”[10]

Por outro lado, sendo masculina a esterilidade, a solução divergia. Em vez de se extinguir o casamento, a mulher era obrigada a se entregar a algum dos parentes do seu marido, a fim de reproduzir. De qualquer forma, a prole daí oriunda era reconhecida como se do marido fosse.

A adoção também era possibilidade consentida pelo Direito Romano. Àquele a quem a natureza tinha negado filhos, sob a preocupação de perpetuar a religião doméstica, permitia-se fazer seu filho o alheio. Também aqui, como não se admitia que uma mesma pessoa fizesse parte de duas religiões diversas, o adotado era excluído, primeiramente, da sua família de origem, para só então agregar-se à nova entidade.

Nesse ponto, vale destacar a filiação segundo os moldes romanos. O descendente era assim considerado não pelo fato do nascimento em si. Era considerado filho na medida em que, por meio também de um certo sacramento, o pai o reconhecia. Esse fato incluía-o em determinada família – o que servia, principalmente, para as hipóteses de reprodução com parentes do esposo e de adoção. Diz-se, inclusive, que “o filho pertencia inteiramente ao pai.”[11]

O parentesco tinha exclusiva natureza masculina. Aos homens transmitiam-se a família e o culto. Mesmo porque transmitir-se às mulheres seria um disparate. Lembre-se de que elas não permaneciam na entidade familiar originária. Posteriormente, por meio do casamento, seriam desta retiradas a fim de se agregarem a outro grupo religioso para garantir a continuidade. Portanto, ao defenderem a segunda família, comprometiam a manutenção da primeira.

A autoridade familiar também se fundava no homem porque nele se encontrava a religião. Como visto, os homens eram os verdadeiros responsáveis

---

doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuar o culto.” (COLANGES, Fustel. *A cidade antiga.* Lisboa: Livraria Clássica, 1950, p. 58).

10 COLANGES, Fustel. *A cidade antiga.* Lisboa: Livraria Clássica, 1950, p. 58, grifo nosso.

11 COLANGES, Fustel. *A cidade antiga.* Lisboa: Livraria Clássica, 1950, p. 65.

pela transferência da ordem sacra e pela preservação do culto. Daí a superioridade tanto diante da mulher quanto diante dos filhos.

Toda essa concepção colaborou ainda para formar o direito de propriedade. Em vista da necessidade de adoração dos mortos, as sepulturas localizavam-se próximas às residências familiares. Aliás, na verdade era o contrário que ocorria, isto é, as residências colocavam-se ao lado dos túmulos. Afinal, aquelas dependiam destes, não o inverso.

Ao formularem-se os recintos sagrados, era necessário delimitar as respectivas áreas. Um espaço para cada família, para cada culto. E isso de forma plenamente isolada. Não se admitia sequer a utilização de uma divisa comum, sob pena de se confundirem as santidades e, indevidamente, fundirem-se as religiões.[12] Daí a necessidade da propriedade privada, a qual passa a ser considerada, tal como a própria família, uma instituição essencial à preservação religiosa.

Em síntese, é possível dizer que, para os romanos, na *cidade antiga*, a família era uma comunidade instituída pelo casamento: solenidade religiosa pela qual, unidos homem e mulher, obtinha-se a descendência tão necessária à preservação do culto. Em consequência, a situação feminina resumia-se à função reprodutiva e os filhos restringiam-se a recurso para a continuidade da religião. Ao revés, na figura masculina concentrava-se toda a autoridade do grupo. Afinal, o homem garantia o culto. A propriedade privada, por fim, representava o instituto responsável pela delimitação do espaço de cada uma das religiões domésticas, as quais, por sua vez, circunscreviam toda a formação social.

Isso posto, já se pode constatar que o movimento de codificação oitocentista preservou muito a estrutura romana. Algumas peculiaridades, porém, são notadas devido às alterações socioculturais oriundas da evolução processada, sobretudo a partir da *época das luzes* e das respectivas revoluções.[13] Para comprovar, basta analisar o Código Civil francês, como representação fidedigna dessa realidade, e o Código Civil brasileiro de 1916, como perfeita decorrência daquele.

O *Code* é formulado como expressão de aspirações sociais eminentemente individualistas. Sob o ideário iluminista, baseado, sobretudo, na defesa da igualdade e da liberdade, tal diploma preocupou-se em assentar dispositivos que aniquilassem o *privilégio dos nobres* e, ainda, que afastassem as intervenções estatais da seara de

---

12 COLANGES, Fustel. *A cidade antiga.* Lisboa: Livraria Clássica, 1950, p. 72.

13 O século XVIII, conhecido como *século das luzes*, foi marcado pela luta da razão contra a autoridade – da *luz* contra as *trevas*. A razão humana não poderia suportar as desigualdades perante a lei e as intervenções arbitrárias dos governantes. As ideias iluministas representavam um novo conteúdo jurídico, mas, de acordo com Giordano Bruno Soares Roberto, "[...] faltava uma ponte para ligar os novos pensamentos aos velhos ordenamentos jurídicos. A questão era como transformar com as novas ideias os antigos sistemas." (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 33). O movimento de codificação foi a resposta encontrada. Por meio dos códigos, buscou-se estabelecer leis racionais válidas para todos os homens. O Código Civil francês de 1804 – inicialmente denominado de *Code Civil* e, posteriormente, de *Code Napoléon* – foi o grande referencial do movimento de codificação. Merece destaque, também, o surgimento, no final do século XIX, do Código Civil alemão, conhecido pela sigla BGB (*Burgerliches Gesetzbuch*).

ação do sujeito.[14] Equiparando todos os indivíduos e considerando-os livres, estava colocada a melhor disposição sociojurídica, o que era benéfico para a fluência mercadológica.

Não se pode esquecer de que a grande classe propulsora das reivindicações foi a ascendente burguesia. Detentora dos fatores econômicos, necessitava de certa *legitimação* para progredir. Dentro da estrutura monárquica da época, a burguesia nada conseguia. Em face disso, da pretensão de dar azo ao *laissez-faire*, derivaram os pilares do Direito da época. "Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica."[15]

Tudo e todos condicionavam-se à efetivação do tráfego patrimonial. A aquisição da propriedade tornava-se um vetor. Todas as formações sociais a ela se voltavam; em vista dela se edificavam. Sendo assim, nem mesmo a família escapou disso. Os códigos civis "[...] editados sob inspiração do individualismo liberal alçaram a propriedade e os interesses patrimoniais a pressuposto de todos os direitos privados, inclusive o direito de família."[16]

Pode-se dizer que o importante papel ocupado no Direito Romano pela chamada religião doméstica foi preenchido, a partir de então, pelo patrimonialismo. Antes, a família justificava-se para manter o culto e, em vista disso, valia-se da propriedade privada. Já nesse novo momento histórico, a família formava-se para a aquisição de patrimônio. Alterou-se o escopo, tornando fim o que era simples meio.

Não significa dizer, porém, que a influência religiosa cessou. Ela permaneceu. O que se extinguiu foi a ideia de veneração dos antepassados como sacramento a fundamentar as formações familiares. O cristianismo colocava-se como legitimador da constituição familiar. Tanto era assim que *a família codicista permaneceu sendo considerada aquela oriunda do matrimônio.* "Para o cristianismo, as únicas relações afetivas aceitáveis são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher."[17]

---

14 Nesse sentido, LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 4, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004, p. 140. "O Estado Liberal, hegemônico no século XIX no mundo ocidental, caracterizava-se pela limitação do poder político e pela não intervenção nas relações privadas e no poder econômico. Concretizou o ideário iluminista da liberdade e igualdade dos indivíduos."

15 TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, v.65, p.21-32, jul./set. 1993, p. 22. No mesmo sentido, GIORGIANNI, Michele. Direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 747, p. 35-55, jan. 1998, p. 41. "O Direito Privado constituía a expressão de um sistema que exaltava a atividade do indivíduo no âmbito da vida econômica, e, sobretudo, garantia esta atividade como aquela tida como a mais idônea para tutelar o indivíduo."

16 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 4, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004, p. 145.

17 SOUZA, Ivone M. C. Coelho de; DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter) seções do afeto e da lei. *Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 4, p. 273-280, out./dez. 2000, p. 273. No mesmo sentido, BARBOZA, Heloísa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. *In*: BARRETTO, Vicente. (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 87.

O Código Civil brasileiro de 1916, da mesma forma, definiu como família o casamento. A partir disso, foi pautada toda a estrutura jurídica direcionada à sua proteção. Significa dizer que tal entendimento circunscreveu as situações às quais o Direito concedia tutela. A família mereceu atenção jurídica na exata medida em que se instaurava por meio do matrimônio. Por outro lado, o que escapava a tal definição era juridicamente irrelevante.

O casamento fundava a família legítima. Aquele era encarado como o assento básico desta. Nesse sentido, inclusive, expressava-se taxativamente o artigo 229 do Código Civil de 1916.[18] A somar, o mesmo diploma legal, ao iniciar o Livro I sobre Direito de Família, diretamente dispunha no Título I – Do casamento. Enfim, nesse contexto, falar em família era falar, necessariamente, em matrimônio.

A reprodução também se manteve como objetivo propulsor da família. Casava-se para obter filhos, como ocorria em Roma. Uma diferença, contudo, destacava-se, a reprodução agora não mais visava à concretização do culto, mas à obtenção de propriedade. Os filhos tornavam-se importante força de trabalho para isso destinada, servindo, ainda, pela sucessão, à manutenção desse patrimônio na família.[19] Isso significava dizer que, de um lado, a figura feminina permanecia resumida à função reprodutiva; de outro, os filhos tinham valor por representarem mão de obra. Em paralelo, portanto, o homem, enquanto efetivo sujeito propiciador da aquisição patrimonial, mantinha-se com a autoridade familiar, subjugando os demais. A família era, assim, caracteristicamente hierarquizada, patriarcal.

As funções familiares eram devidamente distribuídas entre a mulher e o seu esposo. Como já dito, aquela ficava responsável pela reprodução e pela conservação do lar em si. Este, por sua vez, pelas relações exteriores direcionadas, sobretudo, ao sustento material dos componentes da família, o que envolvia a propriedade. Era o que se costumava denominar de esfera privada – resumida ao lar – e esfera pública – ambiente social – respectivamente.[20] Distintas entre si, compreendiam, cada uma, sujeitos específicos. Na primeira, a mulher; na segunda, o marido: "os homens ocupam, com primazia [...] o espaço da produção, enquanto as mulheres ficaram confinadas ao [...] da reprodução, sem direito à igualdade e excluídas do pleno exercício da cidadania."[21]

A mulher era considerada relativamente incapaz após o casamento,[22] e carecia de autorização marital para o exercício de certos atos da vida civil. Dentre

---

18 "Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes deles nascidos ou concebidos."

19 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito das sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 6, p. 5.

20 SOIHET, Raquel. *Condição feminina e formas de violência*: mulheres pobres e ordem urbana 1890-1920. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 256. Em raciocínio paralelo, vale recorrer a SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

21 RODRIGUES, Maria Alice. *A mulher no espaço privado*: da incapacidade à igualdade de direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-4. Em outra passagem, a autora reforça a ideia: "Era considerada óbvia a divisão de papéis em que a manutenção individual era tarefa do homem; e a preservação da espécie, tarefa da mulher." (p. 54-55).

22 Tamanha a incongruência da regra que "a atribuição ao marido do poder de sujeição sobre

estes, segundo o artigo 242 do Código Civil de 1916, podem ser citados o exercício de profissão, a aquisição de obrigações que pudessem importar alienação de bens do casal ou, ainda, a aceitação de herança, legado e o exercício de tutela ou curatela.

Nem mesmo sobre os filhos, como regra, a mulher possuía autoridade. O pátrio poder era exercido, exclusivamente, pelo marido. Ainda que fosse a mãe responsável pela efetiva criação educacional – esfera privada –, ligando-se talvez mais diretamente aos filhos, não possuía autoridade sobre eles. Na realidade, apenas na eventual falta do pai, caber-lhe-ia tal poder de decisão.[23]

Neste ponto, vale destacar a sujeição em que também se encontravam os filhos. O pátrio poder, cuja titularidade se encontrava com o pai, compreendia prerrogativas extremadas; "[...] excessivos poderes, a determinar processo educacional extremamente autoritário. Ao filho cabia simplesmente sujeitar-se ao poder paterno que se expressava, não raro, em punições severas e inclusive castigos corporais."[24]

Isso não causa estranheza alguma quando se recorda que a família, nessa conjuntura, tinha função eminentemente patrimonial. Os filhos colocados na posição de essencial força de trabalho tinham desmerecida sua qualidade de verdadeiros sujeitos, tal como ocorria com a esposa. A hegemonia era masculina – tanto como pai quanto como marido. E isso justamente porque, refrise-se, este era o sujeito propulsor da aquisição patrimonial.

Essas considerações sobre o pátrio poder aplicavam-se aos filhos nascidos durante a união conjugal. Afinal, não se olvide de que o modelo codicista de família era, exclusivamente, matrimonial. E, assim, a legitimidade reprodutiva restringia-se a este meio. Eventuais filhos nascidos de relações extraconjugais adulterinas ou incestuosas não obtinham reconhecimento jurídico.[25] Considerados ilegítimos,[26]

---

a mulher, e consequente inferiorização feminina, a ponto de tornar juridicamente incapaz a esposa que até o minuto anterior às núpcias era plenamente capaz e perfeitamente inserida no mercado de trabalho [...]." (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 53).

23 "Artigo. 385. O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225." (grifo nosso)

24 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 53.

25 Ver artigos 355 a 367 do Código Civil de 1916.

26 Trata-se de adjetivo generalizante. Na realidade, vários poderiam ser os qualificativos dos filhos havidos fora da relação conjugal. Como bem explica Zeno Veloso: "Ilegítimos são os filhos cujos pais não estão unidos pelo laço do casamento, distinguindo-se em naturais, se entre os genitores não havia impedimento matrimonial na época da concepção, e espúrios se existia impedimento dirimente absoluto. Por sua vez, os filhos espúrios podiam ser incestuosos e adulterinos. Incestuosos, os filhos de parentes ou afins em grau proibido para o casamento (o filho havido das relações sexuais entre irmão e irmã, por exemplo). E adulterinos, os filhos de homem casado ou de mulher casada com outra pessoa que não o cônjuge, podendo, portanto, a adulterinidade ser a *patre* e a *matre* (v. art. 183, I a VI do Código Civil)." (VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade.* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 12).

não auferiam proteção do ordenamento. Pior, era-lhes mesmo negada a constituição da paternidade.

No mesmo fundamento de legitimidade, vigiam presunções acerca da qualidade de pai atribuída ao marido da mãe. Os filhos de sua mulher, nascidos na constância do casamento, supunham-se seus, ainda que não tivessem sido por ele gerados. Daí a conhecida expressão *pater vero is est, quem nuptiae demonstrat*,[27] legado do Direito Romano. Isso significa, portanto, que a qualidade de filho estava intrinsecamente ligada ao estado civil dos pais.[28]

Para afastar tal presunção, havia apenas raras e extravagantes exceções. Segundo o artigo 342 do Código Civil de 1916, só em caso de absoluta impotência do marido, caberia contestação da paternidade. Nem mesmo o adultério por parte da esposa era motivo suficiente, conforme subsequente artigo 343.[29]

Dessa forma, parece autorizado afirmar que "o Código Civil impunha a preservação da família matrimonial mediante um jogo de presunções e proibições legais, mesmo em face de evidências."[30] Note-se que as formulações jurídicas deixam transparecer a ideia de imperiosidade da unidade familiar. Como importante entidade social, e mesmo religiosa, a família deveria ser preservada a todo custo. Na verdade, o casamento – como sua equivalência, como seu significado – havia que ser mantido, impreterivelmente. A indissolubilidade daí decorre. O casamento, como regra, não poderia ser extinto. De um lado, porque seu fim representaria ofensa ao dogma religioso, consubstanciado no brocardo *o que Deus uniu o homem não separa*. De outro, porque significaria comprometimento dos escopos familiares.

A família era mesmo uma instituição,[31] uma entidade detentora de interesses próprios, exteriores e, mais do que isso, superiores aos dos seus membros. Existia para que satisfeitos fossem os seus objetivos.

A própria estruturação hierárquica, então, fundava-se nisto. À mulher e ao filho, por exemplo, só era reconhecida alguma importância enquanto instrumentos necessários à consecução dos fins – específicos – da entidade familiar. A mulher como recurso reprodutivo e os filhos como mão de obra, sujeitos à autoridade

---

27 É pai aquele que indica as núpcias.

28 BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). *O melhor interesse da criança:* um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 120. Neste ponto, vale lembrar, inclusive, dos filhos naturais 'legitimados'. Ainda que fossem fruto de relação entre pessoas desimpedidas, só eram assim qualificados quando do casamento de seus pais, conforme previsão do artigo 353 do Código Civil de 1916.

29 "Art. 342. Só em sendo absoluta a impotência, vale a sua alegação contra a legitimidade do filho."
"Art. 343. Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole."

30 BARBOZA, Heloísa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. *In*: BARRETTO, Vicente, (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 92, grifo nosso.

31 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 54.

marital e paterna, todos se viam circunscritos a isso. "A família tradicional era muito mais uma unidade produtiva e reprodutora do que uma unidade afetiva."[32]

A tutela jurídica destinava-se ao patrimônio de forma extremada, em detrimento dos sujeitos. O *ter* prevalecia sobre o *ser*. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, o Código Civil de 1916 permite, inclusive, uma curiosa e elucidativa constatação a respeito. Dentre os 290 dispositivos legais que tratavam da família, 151 envolviam a questão patrimonial.[33]

Pouco importava a satisfação pessoal dos sujeitos componentes da entidade. A harmonia familiar era entendida como a situação em que cada um dos seus membros cumpria a função que lhe era destinada, colaborando para o alcance dos fins patrimoniais. Assim estava preservada a *paz doméstica*.[34]

Concebida a família como importante por si, justificava-se a depreciação de quaisquer que fossem os interesses e as necessidades dos seus membros. O que ocupava primazia era, exatamente, a preservação *estrutural*, a fim de que se desse a necessária consecução dos objetivos patrimoniais familiares.

Não se admitia finalizar o matrimônio porque se perderiam as condições básicas para a obtenção patrimonial, quais eram: o recurso reprodutivo e a força de trabalho daí decorrente. Da mesma forma, a impossibilidade de reconhecimento dos filhos ilegítimos justificava-se porque, do contrário, gerar-se-ia fracionamento patrimonial injustificado, em caso de sucessão; e permitir-se-ia que o fruto de relações irrefletidas, aventureiras e, mormente, ofensivas aos ditames sociorreligiosos obtivesse lucro, prejudicando os outros indivíduos derivados da legitimidade. Em última instância, seria coroar a ilegalidade e a imoralidade em detrimento da retidão e, pior, fazê-lo por meio da concessão do que se considerava mais precioso na época, qual seja, o patrimônio, a propriedade privada.

Em suma, *matrimonial*, *hierarquizada* e *patrimonial*: assim se entendia a família sob os ditames da codicística.

---

32 MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 24.

33 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 4, n. 24, p.136-156, jun./jul. 2004, p. 146.

34 Nesse sentido, esclarece Gustavo Tepedino: "Em síntese estreita, se poderia dizer que o vínculo conjugal atraía intensa proteção por parte do Código Civil, em favor da coesão formal do núcleo familiar, a prescindir de qualquer valoração substancial do legislador quanto à realização pessoal dos cônjuges e dos filhos no âmbito da família." (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 52). No mesmo sentido, "nosso código não dispensa uma tutela preponderantemente às pessoas, pois prestigia essencialmente o tráfego de bens. Dessa forma, são as pessoas que possibilitam tal circulação patrimonial. Todavia, o centro gravitacional do sistema clássico não é formado pelo sujeito, em verdade, o patrimônio é posto em relevo." (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 16).

## 1.3. Fatos que desmentiram os códigos

Toda essa sistemática codicista suprademonstrada, ainda que guardasse coerência teórica, não estampava a conjuntura social havida. Na verdade, pode-se mesmo dizer que o ocorrido era exatamente o oposto: em vez de a realidade social se refletir na jurídica, foi a realidade jurídica que se impôs à social.

Ressalte-se o legado histórico da sociedade brasileira. Tanto na fase colonial quanto na imperial, o que se nota é um processo de sobreposição jurídica. A legislação europeia foi simplesmente transferida para o solo nacional. Indiferente foi o fato de os contextos serem frontalmente diversos. O Direito do velho mundo foi imposto "[...] como resultado do processo de expansão marítima e comercial europeia e menos como fruto de um 'achamento' circunstancial."[35]

Complexo processo de fusão de culturas: assim foi a normatização da realidade brasileira, principalmente porque a importação legal foi totalmente alheia às peculiaridades essenciais aqui havidas.

Isso alcança maior destaque no que tange ao aspecto religioso. Na época colonial, dada a inexistência de um sistema jurídico unitário e positivado, devido a própria ausência de separação entre Estado e Igreja, esta foi uma das instituições mais interferentes na vida familiar brasileira.[36] Ditou regras e condições sobre as quais qualquer família deveria se assentar para, inclusive, ser assim qualificada. Monogamia, matrimonialidade e chefia patriarcal, dentre outros aspectos, foram impostas a um conjunto social que as desconhecia.

Na época imperial, o processo continuou e talvez sob influência da cultura europeia ainda maior. Afinal, além da aplicação direta das Ordenações portuguesas também no Brasil, a vinda dos imigrantes para o solo brasileiro fez com que o seu modelo de vida passasse a ser mais difundido e reproduzido. Por outro lado, as discrepâncias ao parâmetro europeu também começaram a se mostrar. Em suma, "a organização da família do Brasil colonial era predominantemente matrimonializada, nos moldes europeu-cristãos, ainda que *frequente a existência de relações familiares sem casamento.*"[37]

Um modelo era imposto: a família fundada no matrimônio; porém, vários outros modelos eram reais: famílias desprovidas dessa origem. "A contra-imagem da família no Direito não espelhava a imagem da família na sociedade."[38]

Isso não quer dizer que a família matrimonializada e patriarcal não existiu nessa conjuntura social brasileira. Significa dizer apenas que ela não existiu

---

35 FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 19.

36 FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 27.

37 FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 63.

38 MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 117.

sozinha, de forma isolada e hegemônica.[39] Outras estruturações familiares foram-lhe paralelas.[40]

Organização que merece ser sublinhada – justamente porque contraposta ao característico patriarcalismo codicista – é a família chefiada por mulheres. No período compreendido entre 1765 e 1850, essa forma familiar era encontrada, muitas vezes, como consequência da marcha de povoamento verificado no Brasil. As expedições bandeirantes levavam os homens a separarem-se do seu grupo familiar, deixando, assim, as mulheres como responsáveis pelos bens e filhos. Além dessa situação, também a viuvez e, sobretudo, a maternidade da mulher solteira eram causas de tais estruturas familiares.[41]

As mulheres abandonadas pelos maridos correspondiam às maiores vítimas da falta masculina. A incerteza do retorno, a impossibilidade de formar nova união – dada à indissolubilidade do matrimônio – e, ainda, a deficiência de condições para manutenção familiar representavam suas maiores dificuldades. A família transformou-se, com isso, numa exata "unidade de produção dos meios necessários ao consumo de seus membros e, para tanto, as mulheres integravam-se ao processo de trabalho, fosse no campo, como agricultoras, fosse desempenhando atividades ligadas ao meio urbano."[42]

Imagine o que isso significou numa sociedade pautada – ainda que por imposição – no patriarcalismo, que resumia a mulher ao espaço interno do lar. Constatar que a figura feminina se aventurava em funções eminentemente masculinas e públicas soava, no mínimo, como uma afronta à *boa ordem*.

As viúvas, contudo, não representavam tanto despropósito. Afinal, além de terem instituído uma família matrimonial, sua situação justificava-se por uma fatalidade, tendo caráter involuntário. Mas, de qualquer forma, elas também ofendiam os parâmetros postos quando ingressavam no ambiente crido restrito aos homens, qual seja, o econômico.

As mães solteiras, por fim, talvez significassem a mais *inconveniente* das formações familiares de chefia feminina. Afinal, não insertas no casamento – como as abandonadas e as viúvas – possuíam o fruto deste: a prole. Por isso, sofriam as maiores discriminações e afrontas. Estampavam sobremaneira a ilegitimidade, na medida em que se tinham valido da sua sexualidade em prol de uma reprodução

---

39 TEIXEIRA, Paulo Eduardo. *O outro lado da família brasileira.* Campinas: Unicamp, 2004, p. 48.

40 Conforme constata César Fiuza, "a família, desde sempre, pode-se dizer, nunca se organizou de modo estandardizado, padronizado. O que sempre houve, por vezes mais, por vezes menos, foram vãs tentativas de se a enquadrar em molduras previamente estabelecidas por um grupo dominante. No mais das vezes, essas tentativas de padronização estiveram envolvidas por um véu de religiosidade insana, fanática, fundamentalista. O que não estivesse dentro dos estritos padrões da moralidade sectária, era relegado à marginalidade, à criminalidade." (FIUZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana.* São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 236.)

41 TEIXEIRA, Paulo Eduardo. *O outro lado da família brasileira.* Campinas: Unicamp, 2004, p. 141.

42 TEIXEIRA, Paulo Eduardo. *O outro lado da família brasileira.* Campinas: Unicamp, 2004, p. 161.

externa à estrutura matrimonial. Eram minoria, dentre esses três grupos, e localizavam-se na camada pobre da sociedade. Muitas vezes, eram resultado de concubinatos,[43] os quais, a despeito de serem "[...] combatidos pela Igreja e terem um caráter ilegal, não significavam necessariamente encontros casuais, passageiros e transitórios",[44] o que vem a abalar ainda mais a pretendida exclusividade da família fundada no casamento.

Enfim, diante desse amplo grupo de mulheres dirigentes – sejam abandonadas, viúvas ou solteiras com filhos –, o que parece mais importante reconhecer é exatamente sua contraposição aos ditames religiosos e jurídicos da época, "[...] indo além da imagem pacata de 'senhoras sentadas à espera da morte enquanto veem o mundo passar...'."[45] Um ambiente hierárquico calcado na supremacia masculina e na estrita submissão feminina encontrava-se muito longe dessas realidades familiares.

Numa continuação histórica, entre os anos de 1850 e 1940, a norte-americana June E. Hahner, também reconhecendo a multiplicidade familiar no Brasil, encara a coordenação dos modelos de família como demonstrativo de estratificação social. Segundo ela, ainda que fosse o casamento o único modelo legítimo, restringia-se, em grande parte, à classe mais alta da sociedade, sobretudo pelos gastos que envolvia.[46] A classe baixa, desprovida de recursos financeiros, constituía família sob outros parâmetros, de natureza extralegal:

> O casamento legal permanecia mais do que raro entre as classes mais baixas e/ou racialmente heterogêneas. Não predominava a família patriarcal e extensiva. Estudos recentes focalizando os estados de Minas Gerais e São Paulo demonstram a ampla variedade de tipos de famílias existentes no final do século XVIII e início do XIX, sugerindo que a prática do casamento no Brasil variava de acordo com a raça e a classe. Famílias nucleares predominavam no grosso da população, embora o número de mulheres chefes de família fosse grande. A Igreja Católica Romana não aprovava a ocorrência comum de concubinagem e ilegitimidade, determinando que o coito se limitasse a propósitos procriativos, dentro de casamentos indissolúveis. Mas os pobres eram muito menos capazes de cobrir o alto custo dos casamentos religiosos legítimos [...] O casamento legal servia como um indicador das diferenças sociais, mesmo entre os segmentos da população com pequena propriedade a transmitir.[47]

---

43 Toma-se aqui a expressão *concubinato* com o significado pejorativo de união entre um homem casado com outra mulher, conforme usado no texto do Código Civil de 1916 (artigos 248, IV e 1.719, III).

44 TEIXEIRA, Paulo Eduardo. *O outro lado da família brasileira.* Campinas: Unicamp, 2004, p. 148.

45 TEIXEIRA, Paulo Eduardo. *O outro lado da família brasileira.* Campinas: Unicamp, 2004, p. 178-179.

46 O custo do casamento talvez encontre justificativa em fator lembrado por Rosana Amara Giardi Fachin, qual seja, a cartoralidade trazida pelos europeus. Segundo ela, "as instituições cartorais se circunscrevem na tutela de interesses específicos, corporativos, ligados ao momento histórico, e se projetam no microcosmo da família patriarcal e hierarquizada, assentada na visão matrimonializada, monolítica." (FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 26).

47 HAHNER, June. E. *Emancipação do sexo feminino:* a luta pelo direito da mulher no Brasil 1850-1940. Florianópolis: Mulheres, 2003, p. 47-48, grifo nosso.

Saliente-se aspecto imperioso. Do fato de a classe baixa da sociedade brasileira não recorrer ao casamento, não derivava a ausência de constituição familiar nesse estrato social. Também os pobres formavam família. Só não o faziam conforme os ditames jurídicos de legitimidade. As uniões livres eram a mais habitual formação da qual se valiam. Significa dizer que um homem e uma mulher se uniam, sob convivência *more uxorio*,[48] com estabilidade suficiente e pretensão procriativa. Porém, não se submetiam à solenidade e à oficialidade do casamento, recebendo, em vista disso, a conotação de ilegitimidade.

Em face de todas essas discrepâncias – seja quanto às mulheres chefes de família, seja quanto às uniões livres –, o que se infere é que "[...] embora todos os fenômenos jurídicos sejam fenômenos sociais, nem todos os fenômenos sociais são jurídicos."[49] Em outras palavras, nem todo acontecimento real é apreendido e disciplinado pelo Direito posto. Pior que isso, ainda que eventualmente o fato venha a ser regulado, não o é de forma condizente com sua verdadeira conformação social, mas como se gostaria que eles se conformassem, de acordo com os parâmetros instituídos juridicamente.

O Direito imposto no Brasil pretendia incutir, no ambiente social, a religiosidade estampada pelo casamento como única forma legítima de constituição familiar. Todavia, algumas estruturações que se engendravam na realidade mostravam-se indispostas a tal dogmática religiosa; dela, então, diferenciando-se. A constituição da família, para tal grupo, parecia prescindir da *benção divina*.

Essa constatação de incoerência entre o jurídico e o fático vem de encontro, inclusive, aos propósitos da codificação, dentre os quais, sobretudo, ao dogma da completude.

Os Códigos, num movimento de *positivação da razão*,[50] vieram a instaurar a monopolização da produção jurídica por meio da lei, editada pelo Estado. Nesse sentido, as atividades doutrinária e jurisprudencial deveriam restringir-se à observância dos ditames legais, não se admitindo quaisquer interpretações que não aquelas baseadas na *mens legislatoris*.[51] E assim porque, dentre outras razões, acreditava-se na autossuficiência do ordenamento, na completude sistêmica. Havia uma regra para cada caso e todos os casos eram englobados pelo Direito, seja pelo recebimento de regência positiva ou negativa:[52] era esse o parâmetro codicista, crido infalível.

Essa *infalibilidade*, oriunda do fetichismo legislativo, tinha sua pertinência condicionada à equivalência entre as proposições jurídicas e a realidade social

---

48 Segundo o costume de casado.

49 RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento:* de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 17.

50 HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia.* Lisboa: Europa-América, 1997, p. 177.

51 A intenção do legislador.

52 Esta é a definição trazida por Noberto Bobbio citado por Hespanha, *a contrario sensu*: "[...] 'incompleto' um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite." (BOBBIO *apud* HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia.* Lisboa: Europa-América, 1997, p. 16).

destinatária. Do contrário, não seria possível falar que o Direito se encontrava inteiro, exato, cabal, relegando-se a determinadas situações fáticas a despeito de estas carecerem de proteção jurídica, sobretudo quando esse desprezo estava fundado em diretrizes que, transpostas de uma cultura diferente, não eram compartilhadas – ainda que parcialmente – pelo ambiente social disciplinado. É o que se nota nessa composição histórica brasileira. O Direito voltava-se para uma sociedade que não condizia com a existente.

Na verdade, o que atesta esse *legado histórico* é exatamente uma inversão de correspondência. O Direito pretende conformar os fatos sociais quando deveria, ao menos de início, conformar-se segundo esses fatos. E isso compromete sua própria utilidade. Haja vista tratar-se de ordem normativa voltada para a regência das relações sociais, o Direito, para ser válido e eficaz, há que refletir a realidade.[53] Caso destoante, sua insuficiência, inevitavelmente, mostra-se.

No caso das famílias externas à origem matrimonial, além de não aferirem reconhecimento e devido tratamento jurídico, eram combatidas pelo ordenamento. Há uma renegação dessa realidade. Além de ilegais e ilegítimas, eram consideradas imorais, destoantes dos dogmas religiosos. Porém, não se olvide de que tais dogmas foram impostos. Não se esqueça de que a sociedade brasileira da época não se estruturava, ao menos integralmente, segundo essas crenças.[54] E, nesse sentido, o resultado de formações familiares díspares era mesmo esperado e, de certa forma, autêntico.

Não bastasse esse precedente histórico – que, inclusive, foi mantido –, outros fatos mais recentes também vieram a contribuir para a depreciação dos ditames do Código Civil de 1916, os quais progressivamente se mostravam mais distantes do ambiente fático nacional:

> Altera-se o tecido social no Brasil impulsionado por sua natural evolução e pressionado por duas guerras mundiais, pela profunda liberação dos costumes ocorrida na década de sessenta/setenta, pelo questionamento e consequente declínio do poder religioso, por duas décadas de ditadura, pelo fantástico progresso da ciência e da tecnologia, que deu início à era espacial e do controle genético, pelo aprofundamento das diferenças sociais, pelo veloz incremento dos meios de comunicação, tudo tendo como pano de fundo um panorama econômico-financeiro caracterizado por instabilidade que beirou o caos.[55]

---

53 Claus-Wilhelm Canaris afirma que a validade e a eficácia do Direito se condicionam à fiel representação do prisma sistemático real ou objetivo pelo prisma sistemático científico, isto é, as normas para serem eficazes hão de considerar a sociedade à qual se destinam. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 122).

54 Nesse ponto, fazem sentido as considerações trazidas por Rodrigo da Cunha Pereira. Segundo o autor, toda lei envolve o propósito de refrear um desejo a ela contrário. "Podemos verificar, portanto, que a lei, ao dizer que a forma de constituir família é o casamento civil e que este é indissolúvel, estaria querendo cercear algo que se lhe contrapõe." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família:* uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 10-11).

55 BARBOZA, Heloísa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. *In*: BARRETTO, Vicente, (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 94.

Dentre essa abundância de acontecimentos, alguns merecem especial atenção. A começar pelo *ímpeto modernista* do qual decorre uma crescente industrialização e urbanização.[56] O ano de 1930 é considerado, por alguns, como o marco do crescimento industrial no Brasil. Nesse ano, a indústria, impulsionada, sobretudo, pela crise de 1929, ergueu-se sob o pretexto de se tornar a principal atividade nacional.

O Brasil, de forma paulatina, vai deixando a estrutura eminentemente agrária e, por isso, perde espaço a grande família. Por outro lado, a própria justificativa patrimonialista da formação familiar se enfraquece. Afinal, diante do processo industrial, a melhor forma para adquirir uma propriedade deixa de ser o casamento.

Em face disso, perdem razão as regras atinentes à família fundadas na defesa desse propósito patrimonial, a começar pela própria restrição ao reconhecimento dos filhos havidos fora da relação matrimonial. Assim, já em 1949, é promulgada a Lei nº 883, que veio a admitir que tivessem estabelecida sua paternidade os rebentos ilegítimos – inclusive os oriundos de adultério – desde que finda a sociedade conjugal.[57]

Também quanto aos filhos, é de se notar uma incipiente mudança de consideração. Antes tidos como meros instrumentos de trabalho, agora em menor número – em razão da redução familiar –, deixam de ser tratados sob um autoritarismo exacerbado, começando a ser aceitos como titulares de certos interesses. Pode-se dizer que houve queda gradativa do patriarcalismo incisivo.

Da mesma forma, o desenvolvimento da indústria fez com que a esfera pública, ainda insistentemente considerada restrita à figura masculina, se tornasse cada vez mais disputada pela mulher. "A mulher passou a integrar a força de trabalho, atuando fora do lar, empenhando-se em uma laboriosa jornada dupla para ajudar o consorte no amealhamento dos recursos necessários à provisão da família."[58]

Eis mais um fator que vem a depreciar a estrutura hierárquica representativa da família, calcada na superioridade masculina. Ao mesmo tempo em que a mulher se exterioriza do ambiente privado do lar, passa a adquirir maior poder decisório neste. Para reconhecer essa alteração dos fatos, advém, em 1962, a Lei nº 4.121, denominada Estatuto da Mulher Casada. Tal legislação veio a admitir, dentre outras coisas, que a mulher pudesse exercer atividade profissional, aceitar herança ou legado, tutela ou curatela, tudo isso dispensando a autorização marital.[59] E, ainda, admitiu-se que passasse a colaborar com o esposo no exercício do pátrio poder. Mais do que tudo isso, auferindo certa independência econômica, a mulher passa mesmo a prescindir do matrimônio enquanto recurso à sua subsistência.

---

56 FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 54.

57 Esta é a redação do primeiro artigo da Lei: "Art. 1º. Dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare filiação."

58 LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. *In*: BARRETTO, Vicente. (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 30.

59 A Lei nº 4.121/62 revogou os incisos IV, V e VII do artigo 242 do Código Civil de 1916.

Além dessas ocorrências, a família matrimonial sofre maior *abalo* quando afastada sua indissolubilidade. Em 1977, com a Emenda Constitucional nº 9 e a Lei do Divórcio – Lei nº 6.515/77 –, consubstanciam-se as vindícias sociais em rechaço surpreendente à categórica interferência religiosa na seara familiar. A despeito dos temperamentos notados,[60] não se pode negar que tal Lei representou uma inicial desobstrução da rigidez normativa em termos familiares. Não se pode negar que demonstrou o reconhecimento do desacerto em resumir o entendimento da família segundo a concepção religiosa, o que foi reforçado com o arranjo dos fatos havidos após sua entrada em vigor.

As fortes críticas que viam, na permissão do divórcio, a crise, ou mesmo a extinção da família, foram contraditas pela realidade, que certificou o inverso do suposto, ou seja, a incessante formação de ambientes verdadeiramente familiares. A família continuou a existir – e, talvez, de forma mais contundente –, não sendo afetada pela simples admissão de poder finalizar-se.

Diante de toda essa estruturação social, parece inadmissível a ela não se render, dela não se ocupar. É indubitável que a família passou por uma forte alteração de pilares. Em consequência, soa ilusório ou mesmo injustificado espernear e recusar impingir a devida conformidade do entendimento jurídico ao presente que se mostra. A adaptação urge, mas não de forma meramente paliativa, por meio da emissão de diplomas legislativos esparsos e tangenciais. É preciso realinhar a estruturação jurídica como um todo, alterando-se a própria acepção do termo família.

Família não é mais apenas casamento; não é hierarquia, patriarcalismo, tampouco patrimonialismo. Com isso, a família não se enquadra mais na moldura oferecida pelo Código Civil de 1916. Resta saber, então, o que é a família.

## 1.4. Família: atual semântica e reconhecimento constitucional

Felizmente, a evolução ocorreu.[61] Com o perpassar de tantos fatos sociais, a família parece ter sido despida do invólucro que a tornava uma entidade autônoma e que impedia que recebessem atenção os que a compunham. Nessa medida, a independência queda e a preocupação se volta exatamente para o até então desmerecido. A família passa por uma mudança de concepção: da natureza *transpessoal* à *repersonalização,* o que significa dizer que as pessoas que se encontravam inferiorizadas, reduzidas à consecução dos objetivos próprios

---

60 Não se olvide, por exemplo, de que, conforme sua redação original, a Lei nº 6.515/77, em seu artigo 38, só permitia o divórcio uma única vez. Paralelamente, a própria necessidade de prévia separação judicial e a disposição *numerus clausus* das justificativas desta (artigo 5º e seus parágrafos) também asseveravam uma postura normativa disposta a conter, quanto possível, as pretensões divorcistas.

61 Neste ponto, vale lembrar interessante alerta de François de Singly: "não podemos nos contentar em observar as mudanças que essa instituição [a família] conheceu e conhece ao longo da segunda metade do século XX [...] é também necessário delas dar conta através de uma orientação teórica." (SINGLY, François de. O nascimento do 'indivíduo individualizado' e seus efeitos na vida conjugal e familiar. *In:* PEIXOTO, Clarice Ehlers; SINGLY, Francois de; CICHELLI, Vincenzo (Org.). *Família e individualização.* Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 13).

da instituição familiar, sobrepõem-se. Tornam-se destaque, chamando para si a proteção jurídica:

> A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização de afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. [...] A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares [...].[62]

As relações familiares ascendem, em detrimento da entidade. A família passa a ser entendida como recurso por meio do qual a realização pessoal é perseguida. E, nessa exata medida, justifica-se.

A sucessão dos fatos descritos demonstra exatamente que não bastavam os escopos patrimoniais, a *paz doméstica* baseada na disposição hierárquica de papéis ou, ainda, o abençoar de Deus. Nada disso se sustenta se não concorre para a obtenção do crescimento individual das pessoas que formam tal conjunto.

A velha suposição de que preservada a ordem familiar interna, calcada na disposição patriarcal, ficava consubstanciada a felicidade de seus componentes, encontra-se debilitada. Não fosse assim, fatalmente ter-se-ia ainda intacta e exclusiva a família matrimonializada. Dispensável teria sido formar outras estruturas fundadas em bases diversas. A ascendência feminina, o reconhecimento de interesses dos filhos, a admissão do divórcio, nada disso se teria verificado caso a família oficial, legítima, conseguisse promover o verdadeiro bem-estar.

A prioridade é alterada e com ela toda a conjuntura familiar. O que mais interessa é promover o pleno crescimento das pessoas, e a família aparece como primeiro e principal ambiente para a consecução de tal fim. Por isso, costuma-se afirmar que a família atual se encontra *funcionalizada*, isto é, serve enquanto exerce a função de mediar e sustentar a completa formação pessoal dos seus componentes.

Nas palavras de Pietro Perlingieri: "a família como formação social [...] é garantida [...] não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, <u>em função</u> da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa."[63]

De fato, diante dessa nova conjuntura, a família compreende expediente válido ao alcance da realização da pessoa humana. Note-se, portanto, que o vértice se encontra invertido. No entendimento codicista da família matrimonializada, a instituição familiar fazia dos integrantes instrumento de realização dos seus objetivos. Nessa nova perspectiva, são os membros familiares, seus interesses e direitos que fazem da família um recurso:[64]

---

62 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 4, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004, p. 163.

63 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243, grifo nosso.

64 Nesse mesmo sentido, François de Singly afirma: "O elemento central não é mais o grupo reunido, são os membros que a compõem. A família se transforma num espaço privado a serviço dos indivíduos." (SINGLY, François de. O nascimento do 'indivíduo individualizado'

> Assim sendo, a família [...] deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.[65]

Assim, é imperioso o reconhecimento jurídico de tal compreensão. Constatada a inadequação do Direito em face da realidade social, surge a necessidade de se restabelecer a correspondência desses prismas. Lembre-se que disso depende a própria utilidade da ordem jurídica.[66]

Então, a estampar esse entendimento e, principalmente, a efetuar um "golpe definitivo"[67] na concepção codicista de família, advém a Constituição Federal de 1988. O artigo 226, §8º é taxativo ao afirmar que a assistência à família é assegurada *na pessoa de cada um dos seus integrantes*. [68] Deprecia-se a proteção da família em si em prol da tutela dos familiares.

Essa mudança não se encontra isolada, porém. Ao revés, mostra-se contextualizada em profunda alteração de todo o ordenamento, instaurada pelo texto constitucional. O que a Carta Magna vem assentar é uma especial atenção às situações existenciais, e assim o faz ao escancarar, no seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Há que se prezar pelo *ser pessoa* em detrimento de outras situações que ocasionem certa instrumentalização humana. E é nessa perspectiva que se deve entender o conceito atual de família. Defende-se a família enquanto espaço de preservação e fomento das situações existenciais. Daí sua extremada importância.

*Família é toda formação social que envolva ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento das pessoas que a constituem*. Configura-se, dessa forma, a partir de três principais elementos: afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Indubitavelmente, não é em vão que o ambiente familiar é tido como favorecedor da formação pessoal. Assim o é porque conta com um aspecto impreterível. As relações familiares geralmente são relações de afeto. A família contemporânea é uma família eudemonista, ou seja, voltada para a busca da felicidade. "Hoje, é no espaço onde circula o amor que se constrói uma grande parte

---

e seus efeitos na vida conjugal e familiar. *In*: PEIXOTO, Clarice Ehlers; SINGLY, Francois de; CICHELLI, Vincenzo (Org.) *Família e individualização.* Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 15).

65 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família.* Problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 50.

66 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

67 A expressão é usada por BARBOZA, Heloísa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. *In*: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família.* Problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 104.

68 Art. 226, § 8º, CF/88: O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

da identidade pessoal dos indivíduos [...] Consequentemente, a família mudou para produzir esses indivíduos."[69]

Isso é o que comprova a própria evolução familiar. Todas as formações que foram notadas alheias ao modelo oficial de família matrimonializada não se deram em vão, mas baseadas no bem-estar de seus componentes. As pessoas reuniam-se e mantinham-se juntas por vontade própria. A realização e o crescimento pessoais, portanto, ganharam realce, servindo de suficiente fundamento para constituição e manutenção familiar. De fato, é de se concluir que "se a formação de famílias se dava à margem da esfera jurídica, a preocupação com o sentimento sobrepunha-se àquela relativa à conformidade com a lei."[70] A família passa a abranger comunhão de afeto.

A estabilidade, em complemento, é fator que assegura aos familiares que o complexo de relações pessoais, sediado nesse ambiente afetivo, seja capaz de realmente sustentar sua paulatina e constante formação. Afinal, são as relações permanentes que se apresentam aptas a conceder referenciais constitutivos sólidos, a partir dos quais, seguindo-os ou refutando-os, a pessoa cria sua identidade. Relacionamentos que se resumam à casualidade são descomprometidos e, sendo assim, insuficientes para oferecer parâmetros tão elementares ao desenvolvimento da pessoa.

Por fim, a ostensibilidade aparece como comprovação da estabilidade – o que acaba por reforçar a necessidade desta. Afinal, se ser ostensivo é ser evidente, publicamente reconhecido, isso apenas se tem por possível caso o complexo de relações das pessoas seja contínuo. É a constância dessas relações, uma vez existente, que as torna notórias, perceptíveis socialmente.

Em suma, reuniões pessoais que se sustentem no afeto, que sejam estáveis e, nessa medida, ostensivas, criam recinto favorável à constituição de identidades; e são, portanto, família.[71]

Resultado imediato desse novo entendimento é a dissociação entre família e casamento. Postos como sinônimos pela concepção codicista, a automática equivalência dos termos é superada. Significa dizer que família não envolve necessariamente casamento, embora a recíproca possa ser verdadeira. O casamento continua sendo uma forma de constituição familiar, porém já não é mais a única.[72]

---

69 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002, p. 42.

70 SINGLY, François de. O nascimento do 'indivíduo individualizado' e seus efeitos na vida conjugal e familiar. *In*: PEIXOTO, Clarice Ehlers; SINGLY, Francois de; CICHELLI, Vincenzo (Org.). *Família e individualização.* Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 14-15.

71 CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 493.

72 É de se reconhecer, porém, que, quando se trata de casamento, essas características podem não se verificar, sem que isso prejudique a existência jurídica da família. Isso porque o matrimônio não é entidade familiar cuja juridicidade advém de um *reconhecimento*. Muito diferente disso, essa entidade familiar é *criada* pelo Direito. O casamento é um negócio jurídico e, como tal (ainda com suas peculiaridades), seu advento requer tão somente o consenso volitivo das partes. Se elas o fazem por afeto, este é um dado que pode ser suposto, mas

Portanto, decai a exclusividade da família matrimonial. Constata-se que é possível formar uma família mediante outra estrutura que não o casamento. Aliás, é possível formar uma família mediante outras tantas e variadas estruturas, contanto que se verifiquem os requisitos básicos da nova acepção que o verbete comporta.

A despeito de toda essa adequação constitucional, o Código Civil de 2002, publicado quatorze anos após o advento da Carta Magna, muito dela se desvirtua. Em geral, o novo estatuto civilístico desmerece, em vários dispositivos, a alteração pela qual passou o ordenamento. É assim porque, principalmente, trata-se de um projeto confeccionado em 1975, época em que a superação dos valores defesos pela codicística inicial – representada pelo Código Civil de 1916 – ainda se mostrava tímida. Resultado: o Código Civil de 2002 mescla o superado com o contemporâneo. Em alguns pontos, dá sinais de evolução; em outros, de retrocesso.

No que diz respeito ao direito das famílias, então, é exatamente essa a realidade. Dentre as inovações que se consegue verificar, vale relacionar algumas que verdadeiramente aniquilam a postura antiquada do Código Civil de 1916. Em desarranjo à estrutura patriarcal da família, o artigo 1.565 é expressivo ao enunciar que marido e mulher assumem, *mutuamente*, a qualidade de responsáveis pelos encargos familiares. No mesmo sentido, o artigo 1.631 reitera que o poder familiar compete aos pais, em conjunto. Verdadeira concretização do ideário de igualdade sediado na Constituição, é de se admitir que tais dispositivos são novidades admiráveis.

Ainda a rechaçar a hierarquia sobre a qual se fundava a família codicista, convém sublinhar a normatização atinente à filiação. Também nesse tema, o Código Civil de 2002 foi cuidadoso em reafirmar a igualdade constitucional.[73] Havidos ou

que não exige certificação ou condiciona a eficácia da entidade familiar. Em complemento, a estabilidade e a ostensibilidade não são aferidas na altura em que o ordenamento jurídico constitui essa família. Afinal, a realidade havida anteriormente ao ato criativo matrimonial goza de indiferença do Direito. O casamento tem sua existência jurídica projetada para o futuro. Destarte, de um lado, a contemporaneidade acusa a existência de liberdade na constituição familiar e permite, assim, que também o casamento – outrora obrigatório – seja uma família resultante da opção afetiva dos seus membros. Todavia, por outro lado, não se pode olvidar que essa entidade familiar ainda conserva uma sistemática criativa formal, desatenta à substância, razão pela qual, também hoje, o casamento pode englobar situações disparatadas, como casais que se detestam ou que, até, nunca se encontraram, nem mesmo na cerimônia matrimonial (a exemplo do casamento por procuração).

73 Sobre esse ponto, observa Carmem Lúcia Silveira Ramos: “Em outras palavras, do ponto de vista de sua estrutura formal, a tutela das relações familiais não mais se prende exclusivamente à sua origem no matrimônio ou no vínculo de sangue, conforme ocorria nas codificações oitocentistas, valorizando-se os laços afetivos, que se traduzem numa comunhão espiritual e de vida, a serviço da solidariedade e da dignidade humanas. Família sem casamento.” (RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento:* de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 111). No mesmo sentido é o raciocínio de Ana Carla Harmatiuk Matos. Segundo ela, “uma outra concepção de família tomou corpo no ordenamento jurídico brasileiro. É uma família centrada na afetividade onde já não há a necessidade de um vínculo materializado no papel, ou seja, o casamento não é mais a base única dessa família, questionando-se a idéia de família restritamente matrimonial.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 97-98).

não da relação de casamento, naturais ou não, todos os filhos possuem os mesmos direitos, não se admitindo quaisquer discriminações nesse aspecto.[74]

Crê-se bastarem essas poucas prescrições legais para se verificar que esse novo diploma civil envolve indicativos da mudança sofrida pela família e da apreensão desse fenômeno pelo Direito, o que é exemplar. Pena, porém, que várias outras falhas sejam igualmente verificadas, a ponto de prejudicar a efetiva compreensão jurídica do contexto social.

A começar, nenhum artigo sugere a concepção regente sobre a primazia dos familiares e a funcionalidade da entidade familiar. Esse fator, de importância basilar, parece ter sido mesmo ignorado por tal diploma. Pior que isso, têm-se verdadeiros indícios de mantença da concepção de família legítima, fruto do matrimônio. O Código Civil de 2002 repete o de 1916 ao iniciar o Livro IV, referente ao Direito de Família, tendo como primeiro subtítulo – Do casamento. A partir disso, automaticamente se ocasiona a impressão, errônea, de equivalência dos conceitos e, principalmente, de restrição da família à origem e estruturação matrimonial.

Tal situação só é amenizada quando, ao longo da disciplina sobre dissolução da sociedade e vínculo conjugal,[75] relações de parentesco,[76] adoção,[77] poder familiar[78] e alimentos,[79] depara-se com alguns esparsos artigos que se dedicam à normatização da união estável. Mas, ainda assim, destaque-se que todos eles representam mera extensão da disciplina atinente ao casamento, o que sugere um comparativo talvez inidôneo.

Não se pode esquecer de que casamento e união estável são formas familiares diferentes, cada qual com suas minudências. “O conteúdo de um estatuto voltado para normatizar as famílias sem casamento não deveria tomar como modelo a

---

74 Art. 227, § 6º da CF/88.

75 Art. 1.596 do CC/02.

76 “Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.
§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.” (grifo nosso)

77 “Art. 1.618. Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar.
Parágrafo único. A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família.” (grifo nosso)
“Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.” (grifo nosso). Esses artigos do Código Civil foram revogados pela Lei nº 12.010/09. Contudo, com conteúdo idêntico, foram mantidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

78 “Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.” (grifo nosso)
“Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.” (grifo nosso)
“Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.” (grifo nosso)

79 “Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.” (grifo nosso)

família matrimonializada [...], tendo em vista suas peculiaridades como situação de fato."[80] Tampouco é possível falar que o enfoque correto da matéria envolve o "prestigiar a união estável, situando-a em nível igual ao casamento",[81] afinal, inexiste entre tais qualquer disposição preferencial. A verdadeira tutela envolve a admissão da união estável como família, não como entidade familiar equiparada ao casamento, o que é bem diferente.

Esse questionamento é reforçado quando se atenta ao Título dedicado, especificamente, ao tratamento da união estável. Colocado como Título paralelo aos demais, dá a impressão de que a essa família não se aplicam alguns dispositivos importantes atinentes ao direito pessoal (Título I) e patrimonial (Título II) familiar. Para exemplificar, a norma segundo a qual o casamento se estabelece baseado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges[82] – um avanço – não possui similar no Título referente à união estável. Da mesma forma, as disposições acerca do bem de família mencionam apenas os "cônjuges". De maneira muito acanhada, o artigo 1.711 dirige-se também à "entidade familiar" – genericamente –, mas em nenhum momento se destina expressamente aos companheiros.

Ora sob a tentativa de meramente *encaixar* a união estável na disciplina destinada ao casamento – como se fossem entidades iguais –, ora em descarada preferência ao casamento com desfavorável tratamento da união estável, há que se reconhecer a deficiência da disciplina familiar do Código Civil de 2002.

Quanto à família monoparental, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a situação parece pior. Ela não mereceu sequer menção no texto codificado. Não há passagem normativa alguma que a ela se refira. Quando muito, valendo-se de esforço hermenêutico na tentativa de lhe destinar a tutela jurídica descrita, é possível entendê-la incluída na expressão *entidade familiar*, utilizada no artigo anteriormente citado quanto ao bem de família. E isso é só.

Por tudo isso, é forçoso concluir que o novo estatuto civil não apresenta, satisfatoriamente, a nova ordem implementada pela Constituição Federal de 1988. Na verdade, o que se verifica é uma confusa concatenação de normas, que, avançando e retrocedendo, acabam por comprometer o devido regulamento social. Os *remendos* impostos ao projeto original, a fim de adaptá-lo aos ditames constitucionais vigorantes, fizeram mais confundir a disciplina legal. É dizer que a postura do Código Civil de 2002, em particular quanto ao direito das famílias, ainda se mostra fortemente contraditória, o que em nada colabora para a condizente regência do contexto social pátrio.

Isso só concorre para reforçar o que parece inevitável reconhecer: uma coesa tutela jurídica das famílias só será obtida quando se recorrer aos ditames constitucionais, posto que correspondem à sede do verdadeiro sentido que o termo envolve.

---

80 RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento:* de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 119.

81 PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de família e o novo código civil: alguns aspectos polêmicos ou inovadores. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 5, n. 18, p. 155-162, jun./jul. 2003, p. 160.

82 Art. 1.511 do Código Civil de 2002.

É na Constituição que se encontra estruturado todo o ordenamento; é nela que se encontram as premissas que inspiram o sistema e que, por isso, devem servir para conformar a realidade social. Esse entendimento, porém, não é tão simples quanto possa parecer, a princípio. Afirmar que a Carta Magna emoldura a sociedade à qual se dirige envolve a admissão da sua natureza normativa. Em outras palavras, é preciso primeiro reconhecer que a Constituição é norma jurídica para, então, defender sua prerrogativa disciplinante.

Por muito tempo, entendeu-se que o diploma constitucional não representava nada além de um enunciado de cunho eminentemente político. Compreendendo tal natureza, nada tinha de jurídico, sendo uma mera *folha de papel*, como ditou Ferdinand Lassale.[83] Sem vinculação alguma ou qualquer pretensão coordenadora da realidade posta, representaria mero documento a expressar – e sucumbir a – os fatores reais de poder dominantes no país. Significa dizer que, para esse entendimento, a Constituição – e, pois, o Direito por ela representado – se resumiria à função meramente descritiva. Diante da distribuição social de forças, restar-lhe-ia apenas enunciar. Influir jamais.

Ciência do ser: este seria o qualificativo do Direito segundo a concepção exposta. Se não intervém, mas simplesmente descreve, a natureza da ciência jurídica seria, resumidamente, expositiva, o que é questionável. Segundo Luís Roberto Barroso, "é precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o Direito deve se limitar a expressar a realidade de fato. Isso seria sua negação."[84]

Não se pode, realmente, perder de vista que o Direito, antes de mais nada, é ciência deôntica; é ciência do dever-ser. Supera a atividade enunciativa da estruturação social, envolvendo escopo ordenador. Portanto, é infundada a assertiva segundo a qual a Constituição – enquanto instrumento do Direito – *sucumbe* à disposição política. Ao revés, encontra-se a serviço do arranjo desta.

Não significa dizer, portanto, que a ciência jurídica, na medida em que não se confunde com a realidade, é desta desvinculada. O Direito não se estrutura alheiamente. Os fatos sociais têm importância capital para a ciência jurídica. Aliás, são sua razão de ser. Não fossem os acontecimentos a conformar, justificativa não haveria para engendrar todo o sistema jurídico. E isso tanto se emprega na formulação inicial deste quanto posteriormente. O Direito, mesmo após se edificar diante da análise social, não se autonomiza.[85] Ao Direito cumpre, de forma contínua, dedicar-se ao acompanhamento da realidade, renovando-se sob a prerrogativa de ordená-

83 É dele a explicação: "Essa é, em síntese, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais de poder que regem um país. Mas, que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição; com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito [...]". (LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Campinas: Minelli, 2003, p. 35).

84 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60.

85 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14.

la. Alteradas as ocorrências, modifica-se o destinatário jurídico. Há um verdadeiro movimento dialético.[86] Daí dizer-se que o Direito é ciência social descritiva sim – porque se atenta ao havido – mas não é só; além de enunciar, primordialmente conforma. O caráter normativo é-lhe intrínseco.[87]

E isso não é em vão. Falar em normatividade é falar, inevitavelmente, em imperatividade. As normas jurídicas vinculam, obrigam, com a preocupação de verdadeiramente garantir a devida ordenação social. De nada serviriam, realmente, caso desprovidas de capacidade operativa.

Com a Constituição não pode ser diferente. Se o Direito, como um todo, existe para se realizar, com esse mesmo objetivo encontra-se, em particular, o Direito Constitucional.[88] Correspondendo também a instrumento jurídico, a Carta Magna possui natureza normativa. Mais do que qualquer outra norma jurídica, ela compreende aspecto sobremaneira relevante a conferir-lhe tal caráter, qual seja, ser o pilar instituidor das premissas substanciais que hão de sustentar todas as demais normas.

Parta-se do significado – sucinto – de Constituição como síntese das aspirações de um povo. Some-se a tanto a concepção segundo a qual o Direito serve, exatamente, à concretização dessas aspirações, tidas como viáveis pela própria sociedade. Como resultado conclusivo, é inegável que a Constituição representa a tutela jurídica mais genuína e assegura com a maior autenticidade possível a conformidade dos fatos sociais.

Assim, a Constituição mostra-se não só como norma jurídica – indubitavelmente – mas como norma fundamental e fundamentadora de todo o ordenamento. Nas palavras de García de Enterría, "uma norma jurídica efetiva, que articula de maneira estável os elementos básicos da ordem política e social e que é capaz de funcionar normativamente como chave-mestra do sistema jurídico."[89] (tradução nossa)

---

86 Segundo Konrad Hesse, há que se ter "como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político- social." (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14).

87 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75. Novamente válidas as considerações de Konrad Hesse, para quem "a Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social." (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24).

88 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

89 "una norma jurídica efectiva, que articula de manera estable los elementos básicos del orden político y social y que es capaz de funcionar normativamente como clave de bóveda del sistema jurídico entero." (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional.* Madrid: Civitas, 1991, p. 187). No mesmo sentido, "la Constitución no sólo es una norma jurídica, es también norma cualitativamente distitna y superior a las demás del ordenamiento en cuanto incorpora el sistema de valores essenciales de convivencia, que há de servir de piedra de contraste y de criterio informativo e interpretativo de todo o ordenamento jurídico." (FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce. *El derecho civil constitucional.* Madrid: Civitas, 1991, p. 27).

Posta numa disposição hierarquicamente superior, a Constituição impõe-se perante todos os demais ramos do Direito, dentre os quais não se exclui o Direito Civil. Compreendendo a *infraestrutura substancial*, a Constituição valida as demais normas jurídicas, na defesa da coerente ordenação social, o que lhe concede reconhecida preponderância. "O respeito à Constituição, fonte suprema, implica não somente a observância de certos procedimentos para emanar a norma (infraconstitucional), mas também a necessidade de que o seu conteúdo atenda aos valores (diretrizes) presentes (e organizados) na própria Constituição."[90]

Em face disso, todos os institutos jurídicos dos mais variados campos hão de ser relidos diante das novas prescrições trazidas pela Constituição Federal de 1988. A correta compreensão do Direito Civil, então, carece de uma *filtragem constitucional*. A civilística, na contemporaneidade, apenas é normativa – isto é, imperativa e conformadora – na exata medida em que reflete a postura constitucional, calcada na importância da pessoa e das situações existenciais. Daí porque falar-se em Direito Civil Constitucional a denotar, exatamente, essa congregação de fontes.[91] Não se equipara mais o Direito Civil ao Código, mas se abrangem aquelas normas que possuem, verdadeiramente, a *chancela* constitucional.[92]

Diante dessa necessidade de apreciação da normativa ordinária, a Constituição exerce as funções derrogatória, de validação e interpretativa. As normas já havidas no sistema, caso disformes à nova ordem constitucional, não são recepcionadas. As advindas posteriormente ou mostram-se adequadas ao novo ordenamento ou dele escapam, sendo-lhes negada a própria normatividade. A atividade hermenêutica das normas efetivamente vigentes, por fim, é concretizada sob os parâmetros dispostos constitucionalmente, como forma de adequação sistêmica.

Isso não basta, porém. É insuficiente a unidade substancial das normas jurídicas. Imperiosa mesmo é a realização delas, a verdadeira conformação do ambiente social. Torna-se sem préstimo um ordenamento jurídico que, embora consiga dar margem aos propósitos sociais, não se realize. A efetividade é indispensável; "ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social."[93]

---

90 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

91 Diferente é o que define Flórez-Valdés. "El vocabulo 'constitucional' pospuesto, califica directamente a sua inmediato antecedente 'civil' y cobra así su más adecuado significado, por cuanto, en la trimembre locución 'constitucional' se separa del sustantivo 'Derecho' y se despoja de su connotación 'iusconstitucionalista', adscribiéndose a una referencia delimitadora formal a la *Constitución* como cuerpo normativo. Será, pues, el adjetivo 'civil' el que califique propriamente a lo jurídico (Derecho), expresándose de este modo que 'Derecho civil constitucional' es sinónimo del Derecho civil contenido na Constitución." (FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 184-185).

92 "O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional." (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 06).

93 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e

A efetividade, portanto, há que ser quanto possível mais ampla. Afinal, é nela que se funda a utilidade jurídica. Dessa forma, é inevitável não receber com apreensão a ideia que resume à aplicabilidade das normas jurídicas infraconstitucionais a realização da ordenação social. De suspeito acerto é esse entendimento, que condiciona o uso da Constituição ao intermédio da legislação ordinária:

> Teríamos aqui uma inversão completa, pela qual a norma superior se converteria em mero instrumento de integração das que lhe são subordinadas, o que repugna o próprio princípio da supremacia material e formal da Constituição. Na verdade, o que cumpre fazer é exatamente o contrário: estimular a aplicação dos princípios constitucionais sobre as relações privadas, como meio não apenas de afirmação da normatividade da Lei Maior, mas sobretudo como forma de humanização do Direito Privado que só terá a ganhar com esta ligação mais íntima e estreita com a Constituição [...].[94]

Não se pode duvidar que nem sempre a representação normativa infraconstitucional é suficiente. Não são raros os preceitos constitucionais desprovidos de regulamentação ordinária, o que faz sobressaltar uma conclusão. Vincular a aplicação do texto constitucional à normativa inferior significa resumi-lo à mera ordem de produção legal, depreciando a efetividade propriamente dita. Mais do que isso, significa, em última instância, negar à Constituição sua verdadeira natureza normativa, taxando-a incapaz de reger, por si mesma, a realidade social.

Por tudo isso, o entendimento doutrinário acertado aponta para a aplicação imediata dos dispositivos constitucionais, que, como verdadeiras normas jurídicas, têm potencialidade suficiente para apreender os fatos sociais e discipliná-los. "A norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil."[95] O que parece inconcebível é renegar proteção jurídica a certas situações fáticas, contrariando as premissas constitucionais. Assim proceder é afrontar, em essência, a própria razão jurídica.

Esse entendimento possui importância extremada para o estudo do direito das famílias. Consoante demonstrado, o *standard* trazido pela Constituição – calcado na defesa da pessoa humana e de sua dignidade –, no que toca ao tema familiar, encontra-se desprovido de condizente disciplina ordinária. O Código Civil de 2002 não só aparenta ignorar a nova concepção de família como também, por vezes, a ofende.

Nessa feita, há que se anuir à postura que sustenta a imediata aplicabilidade da Constituição. É imperioso fazer incidir diretamente as prescrições constitucionais que destinam tutela jurídica à família, entendendo-a como todo conjunto que

---

possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

94 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 106.

95 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

compreende um ambiente estável, ostensivo e baseado no afeto, favorável ao livre desenvolvimento das pessoas. É este o parâmetro a ser seguido.

# 2 Critérios Hermenêuticos para uma Interpretação Adequada do Direito das Famílias

## 2.1. Identificando um pressuposto

Como realidade, ao mesmo tempo e paradoxalmente, constante em existência e inconstante em conteúdo, normatizar adequadamente a família e as relações a ela pertinentes é um grande desafio jurídico. E se a norma não se confunde com o enunciado, mas, para além, consiste no comando que ele representa,[96] a dificuldade de normatização apropriada da família é, sobretudo, um problema de interpretação.

Interpretar é aferir sentido. Interpretar a norma jurídica é extrair o significado da ordem. Salientando-se que tal ordem é determinação do Direito, identificar o conteúdo dela requer perpassar, inevitavelmente, pela compreensão da sistemática deste. É preciso esclarecer, ao menos, seus conceitos e sua dinâmica. Para tanto, várias teorias já se voltaram. Resta saber de qual teoria se deve partir, considerando a sociedade e a família contemporâneas.

### 2.1.1. A importância e a deficiência do positivismo jurídico

O positivismo, em geral, na tentativa de resguardar ao Direito o caráter de cientificidade, até então baseado nas ciências naturais, acabou por explicá-lo resumindo-o a um caráter objetivo-descritivo. O Direito se resumiria à realidade normativa observável, não admitindo nenhum tipo de especulação problematizante. Com isso, os juspositivistas suprimiram do âmbito jurídico qualquer tipo de juízo valorativo, qualquer postura que sugerisse uma tomada de posição crítica do intérprete diante da realidade. Segundo Norberto Bobbio, "na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom ou mau, justo e injusto."[97] O Direito haveria de ser neutro, não se lhe permitindo ser afeto a nenhum tipo de esfera axiológica.

Sob essa perspectiva, a norma não poderia ser entendida de outra forma que não como um imperativo hipotético – se for A deve ser B – que há de ser aplicado pelo juiz tal qual formulado, numa lógica simplista de subsunção. Variações de

96 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26.

97 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2005, p. 136.

sentido são cercadas, não dando margem para interpretações subjetivas, porque consideradas, em si mesmas, arbitrárias. A propósito, Hans Kelsen apresenta a norma como um esquema de interpretação que, uma vez exercido pelo cientista do direito, produziria o quadro de interpretações possíveis para aquele comando.[98] Tal fixação resguardaria também o teor objetivo exatamente pelo seu autor e pelo caráter científico que ele imprimiria à sua atividade. A utilidade desse quadro seria limitar as decisões jurisdicionais; dele não podiam escapar os magistrados, quando da aplicação normativa ao caso concreto.

Essa vinculação à norma positiva – e às interpretações que ela comporta – implica a necessidade de sua validade. Norma válida, segundo o positivismo, é a que guarda coerência com e a que deriva daquelas outras normas que se dispõem, na organização hierárquica, em posição superior. Trata-se de um ponto de vista interior ao próprio sistema, na tentativa explícita de, mais uma vez, fazê-lo escapar de interferências externas, sobretudo as de natureza valorativa, tão caras à imparcialidade jurídica: "o direito positivo vale porque e na medida em que foi criado por uma autoridade reconhecida como legítima pelo fato de ser, ela mesma, fundamentada por normas jurídicas positivadas."[99]

O fechamento hermético do sistema jurídico é, dessa forma, flagrante. Seja pela explicação sobre a validade normativa, seja pela explicação da interpretação e aplicação normativas, é perceptível que, nos moldes positivistas, o Direito se explique por si mesmo e se baste a si mesmo. Há uma crença na plenitude orgânica, afastando toda sugestão de reconstrução normativa. "O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante [...]"[100]

No entanto, em tempo, os próprios positivistas parecem ter se deparado – a partir desse mesmo aspecto, alvo de veneração – com a insuficiência de sua teoria. A imperfeição sistêmica foi flagrada, principalmente, nas decisões de casos difíceis – assim entendidos aqueles que não se enquadram em qualquer norma preexistente.

Hans Kelsen, por exemplo, acabou admitindo que interpretações pudessem escapar da moldura própria de cada norma jurídica. Todavia, permaneceu insistindo na validade dessas decisões porque, além de emanadas por autoridade jurisdicional legitimada, são resguardadas pela certificação da coisa julgada – também fundamentada em normas positivas.

Herbert L. A. Hart, por sua vez, acolheu de antemão a ideia de que as normas jurídicas resguardam alguma abertura – as denominadas franjas –, a qual, nos casos difíceis, poderia ser usada pelo magistrado para constituir a norma compatível com esses complexos casos. Identificada essa zona cinzenta normativa, ela concederia ao julgador, ainda que não um comando em si, uma diretriz. Também para esse

---

98 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1997. Cap. 8.

99 GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto de superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil:* atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 161.

100 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 119.

autor, portanto, a validade da decisão derivaria da legitimidade – normativa – do juiz.[101]

Em última instância, Kelsen resume o conceito de norma a uma determinação taxativa. E, nesse sentido, é forçado a admitir escapes jurisdicionais para resolução de certos casos, a complementar o sistema jurídico. Por outro lado, o raciocínio de Hart permite, por meio das franjas normativas, uma imprecisão de conteúdo, já antecedente, fato que, por autorizar de antemão uma atividade judicial criativa, parece partir do reconhecimento da escassez do Direito.

Assim visto o positivismo jurídico – ainda que várias sejam as críticas a ele destinadas –, é preciso perceber uma qualidade importante: trata-se de uma teoria com preciosa propensão para evitar a sobreposição de avaliações valorativas. A vedação a juízos de valor mostra-se realmente imperiosa e explica-se no fato destes possuírem a infeliz "finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas."[102]

O problema da teoria positivista, porém, parece ter sido eleger recursos inadequados para alcançar o seu propósito. Afinal, a despeito da negativa original de conceder qualquer esfera de discricionariedade decisória aos magistrados, os juspositivistas acabaram por acolhê-la. Dito de outra forma, como a proibição de esferas de eleição interpretativa se baseou na convicção de autossuficiência do sistema, a insistência em negar a falácia dessa crença prejudicou a adaptação de um procedimento decisório mais livre à tentativa, ainda não abandonada, de evitar a imposição alheia de valores próprios.

Por tudo isso, considerada a sociedade contemporânea, em geral, e a família, em particular, como realidades que se definem pela pluralidade de valores e intenções pessoais, a teoria positivista do Direito, com seus conceitos e sua dinâmica, não parece um pressuposto do qual se possam retirar ajustados critérios hermenêuticos. Afinal, como se tentou demonstrar, o juspositivismo, embora insista em não permitir a imposição heterônoma de quaisquer juízos valorativos – o que é um fator positivo – não o faz sob o propósito de respeito às diferenças e sim porque nega que a análise axiológica seja uma matéria da qual deva se ocupar o Direito. Além disso, para assegurar essa isenção jurídica, vale-se de instrumentos que, longe de concederem tal garantia, comprometem-na com o risco de decisões,

---

101 Sobre essas explicações teóricas, manifesta-se, criticamente, Lúcio Antônio Chamon Junior: "Se Kelsen não admite os princípios como normas jurídicas, uma vez que não seria possível descrevê-los pela proposição normativa cuja fórmula geral descreveria qualquer norma, e Hart vai acabar estabelecendo uma relação entre os princípios jurídicos e a zona de franja da regra, é porque ambos vão reduzir a validade à faticidade da construção jurisprudencial, sem maiores problematizações acerca de sua legitimidade em termos fortes; o poder criativo do juiz tornar-se-ia inquestionável pelo princípio da coisa julgada ou pela autoridade especial conferida por uma regra e chancelada com o 'prestígio' que tais órgãos gozam na operacionalidade do sistema." (CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 52, grifo do autor)

102 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2005, p. 135.

porque incontroláveis, arbitrárias, eventualmente fundadas na imposição aos jurisdicionados de critérios axiológicos peculiares ao julgador.

### 2.1.2. O pós-positivismo: a inserção dos valores e seus problemas

Some-se às críticas apresentadas, sob um plano teórico, em desfavor do positivismo jurídico, a experiência prática de se ter vivenciado o fascismo e o nazismo. De fato, as atrocidades por esses movimentos desencadeadas assim o foram *em nome da lei*. Foi principalmente porque o Direito, despreocupado com a substância, se resumia a critérios e atributos formais que se mostrou possível, por intermédio dele, impor parâmetros valorativos arbitrários a tal ponto de desmerecer a própria humanidade de alguns indivíduos. Derrotados esses movimentos sociais, a decadência das ideias positivistas foi ainda mais incentivada.[103]

Numa tentativa de superar os equívocos apresentados pelo juspositivismo, instalaram-se propostas em sua contramão, na hermenêutica filosófica. Ainda que sejam várias e, algumas delas, bastantes distintas entre si, as mais proeminentes assentam-se no propósito de acrescer ao Direito, exatamente, um teor ético-valorativo que seja compromissário. A pretensão, em contrariedade frontal ao positivismo, passa a rechear as normas jurídicas com esse conteúdo, a fim de conferir-lhe imperatividade.[104]

A eleição desse objetivo mostrou-se, assim, também incompatível com a estrutura normativa positivista. Primeiro porque os valores são, por si, significantes fluidos, cuja substância não se consegue resumir em um restrito enunciado. Segundo, porque os imperativos normativos hermeticamente fechados apenas se aplicam nas situações específicas às quais se referem, o que prejudicaria a amplitude axiológica que se almeje conceder ao Direito.

Resgataram-se, assim, os princípios.

A existência dos princípios já foi revelada por teorias do Direito, as quais os caracterizaram como premissas que se estampam em enunciados amplos, capazes de abarcar uma série de situações concretas.[105] Dessa forma, realmente eles parecem

103 BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Interesse Público,* Belo Horizonte, v. 5, n. 19, p. 51-80, 2003, p. 56.

104 Sobre essa coordenação entre norma e valor, manifesta-se Luiz Roberto Barroso: "A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade." (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico,* Salvador, Ano 1, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf. Acesso em: 15 maio 2008).

105 Segundo o jusnaturalismo, os princípios são axiomas extraídos do Direito Natural pela

servir ao propósito de inserir valores no Direito, posto preservarem a fluidez destes e, por consequência, concorrerem também para a sua intensiva aplicação.

O que se mostra inovador na fase pós-positivista é que os princípios reaparecem reivindicando genuína qualidade normativa.[106] A proposta é, assim, reconhecê-los por integrantes do sistema jurídico para torná-los vinculantes.

A defesa desse caráter dos princípios é feita a partir do destaque da essência das normas. É próprio da norma, em geral, conceder razões para juízos concretos de dever-ser, por meio de permissões ou proibições. Sendo assim, uma vez que os princípios englobam tais razões, consideradas premissas ou diretrizes a serem seguidas, parece possível reconhecer-lhes o teor normativo jurídico.[107]

Esse reconhecimento, porém, não pode ser entendido como excludente. Ao se afirmar que os princípios são normas não se quer com isso dizer que *apenas* os princípios sejam normas. Permanecem assim também considerados os mandados categóricos, de teor restritivo – inerentes ao positivismo –, as denominadas regras. Preservada sua qualidade normativa, elas têm modificada apenas sua exclusividade ou preponderância.[108] Deixam de ser a única espécie de norma – ou a principal delas –, tornando-se mais uma, ao lado dos princípios. "Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem."[109]

A diversidade entre regras e princípios é explicada por dois principais autores: Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Quanto às regras, eles são uníssonos ao afirmarem se tratar de enunciados compreendedores de razões definitivas, determinações fixas que se aplicam à maneira do tudo ou nada. Isso significa que, verificados os fatos a disciplinar, ou

---

reta-razão, sendo de grande importância para o sistema jurídico. O positivismo jurídico, porém, quase os renegou. Lembre-se de que, sob essa perspectiva, se falava em princípios gerais do direito, os quais não passavam de fonte subsidiária do Direito para sanar suas lacunas e, ainda assim, apenas quando a analogia e os costumes não fossem suficientes.

106 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico,* Salvador, Ano 1, v. 1, n. 6, set. 2001.
Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf. Acesso em 15 maio 2008.

107 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83.

108 Diz-se, aqui, exclusividade ou preponderância considerando que, nos moldes positivistas clássicos, ainda que outras fontes normativas fossem reconhecidas – como a analogia, os costumes e, inclusive, os princípios – só o eram em caráter subsidiário, em socorro às regras nas situações em que as havidas não se mostrassem suficientes para disciplinar o caso concreto.

109 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39. No mesmo sentido, aparece Robert Alexy: "Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los princípios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambas pueden ser formuladas con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la proibición. Los princípios, al igual las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de um tipo muy diferente. La distinción entre reglas y princípios es pues una distinción entre dos tipos de normas." (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83).

a regra é usada para definir a decisão porque coincidem aqueles com os que ela previu, ou a regra não é utilizada por não abarcar uma ordem empregável no caso.[110]

Quanto aos princípios, também apresentam tais autores explicações coincidentes em um ponto. Ambos destacam que tais enunciados normativos apresentam uma amplitude que permite sejam aplicados a várias situações – e não somente a um tipo, como as regras. No entanto, o entendimento de Alexy e Dworkin é dissonante sobre a espécie de comando em que os princípios consistem.

Alexy os define como razões *prima facie*, como "determinações no âmbito do fática e juridicamente possível."[111] Para ele, então, os princípios são *mandados de otimização* que permitirão cumprimentos em variados graus; ora maior, ora menor, proporcionalmente às condições reais e jurídicas verificadas no e a partir do caso concreto.

Nesse sentido, esse autor reconhece que os princípios, em função de sua fluidez, podem, entre si, diante de um caso concreto, entrar em rota de colisão, na medida em que indiquem direções opostas de solução. Quando esta for a hipótese, pelas circunstâncias práticas e jurídicas que se apresentem, um dos princípios será preferido ao(s) outro(s). Alteradas tais circunstâncias, o(s) princípio(s) que já fora(m) afastado(s) poderá(ão), dessa vez, prevalecer.

Já para Dworkin, os princípios apresentam a "razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular."[112] Em sua visão, pois, os princípios hão de levar à decisão – única – adequada ao caso e não a uma decisão que lhes atenda em maior ou menor grau. A graduação de atendimento dos princípios diante do caso concreto não é aceita por esse autor.[113] E assim porque não se concebe a possibilidade de uma norma jurídica – logo, imperativa – ser mais ou menos respeitada, mais ou menos cumprida. Ao revés, se os princípios são normas, eles devem ser aplicados por intermédio de um código binário: ou o caso os respeita – licitude – ou os viola – ilicitude. Claras, nesse sentido, são as palavras de Marcelo Campos Galuppo:

> Se é possível uma aplicação gradual dos princípios, eles não podem ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de *dever*, como pressupõe o próprio Alexy, então elas somente podem ser cumpridas ou

---

110 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 87; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

111 Transcrição livre do seguinte trecho: "las reglas contienen *determinaciones* en el âmbito de lo fáctica y jurídicamente posible." (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 87).

112 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

113 Esse é um posicionamento que Dworkin passa a adotar a partir, principalmente, da sua obra intitulada *O império do direito*. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003). Ainda em *Levando os direitos a sério* – obra precedente –, o autor chega a afirmar que "os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42), o que sugere a admissão, análoga a Alexy, de cumprimento em maior ou menor grau da norma-princípio.

> descumpridas. O dever e, consequentemente, as normas e, em especial, os princípios possuem um código binário, e não um código gradual.[114]

O que parece justificar a discórdia nesse ponto é a dificuldade de lidar com a amplitude própria dos princípios, que compromete a percepção, em abstrato e de maneira generalizada, de qual seja seu preciso conteúdo normativo. Não se consegue pressupor, antes da análise casuística, um sentido principiológico que seja comum a todos.

Cada intérprete, porém, acaba por, valendo-se dessa amplitude, criar uma significação particular da qual pretende partir. Em consequência, as circunstâncias fáticas do caso sob análise poderão permitir uma ordem normativa exatamente coincidente, ou não, ao esperável de antemão por ele. Sua expectativa seria, assim, mais ou menos atendida, conforme as possibilidades trazidas pela situação concreta. Talvez por isso, Alexy tenha aceitado que os princípios podem ser mais ou menos cumpridos.

Melhor razão parece ter, então, Dworkin. Segundo ele, não se deve decidir o caso com base naquilo que se gostaria que fosse o Direito; deve-se decidir o caso com base naquilo que o Direito é.[115] Em outras palavras, o que não se apresenta razoável é permitir que o Direito seja apresentado a partir de preferências e pretensões particulares a serem impostas a terceiros. Mais adequado é, assim, entender que os princípios não têm conteúdo identificável senão a partir das características que a hipótese concreta, em análise, apresentar. Assim se pressupondo, perde espaço a ideia acerca de um atendimento em maior ou menor grau dos princípios. Eles hão de ser aplicados com o sentido que o caso circunscrever; e, dessa forma, permitirão construir o parâmetro de licitude/ilicitude e realizar, enfim, a respectiva avaliação fática – função que devem exercer.

Perceba-se que, sob esse raciocínio, a prática social – *praxis* – é que denotaria ao princípio uma substância. A norma seria ditada pela própria comunidade jurídica, o que sugere, diferente de uma definição subjetiva e individualizada, uma definição relacional.[116] Explicativas são, a esse respeito, as observações feitas por Lúcio Antônio Chamon Junior: "um intérprete não pode fazer de uma prática social aquilo que ele *desejaria* que ela fosse, mas antes deve assumir uma dimensão intersubjetiva que, inclusive sobre ele, exerce uma *coerção* no que tange à interpretação."[117]

Toda essa discussão ganha ainda maior importância quando se observa que os valores também nela estão envolvidos. Como bem lembrou Luís Roberto Barroso: "o

---

114 GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença:* Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 180.

115 DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 76 e segs. A esse respeito, vale ainda conferir: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno:* por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

116 DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 77.

117 CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno:* por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59.

pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras."[118]

Como dito anteriormente, os princípios foram resgatados a fim de transportarem os valores, inserindo-os no Direito, como uma tentativa de estabelecer uma ordem ética e imperativa, em superação ao positivismo. São os princípios, assim, recurso para inserção de uma ordem axiológica. Não se pode confundi-los com esta, porém. Princípios e valores não se equivalem; não guardam entre si sinonímia. Apenas relacionam-se.

Princípios pertencem ao plano deôntico, cujo conceito principal é o *dever-ser*, o que induz a uma avaliação de lícito ou ilícito. Valores, por sua vez, pertencem ao âmbito da axiologia, cujo elementar conceito é o *bom* e suas respectivas avaliações atinem ao melhor ou pior.

Essa sucinta distinção é suficiente para demonstrar que não se podem confundir princípios com valores, e vice-versa. As avaliações do que seja bom, mau, melhor ou pior, além de poderem ser as mais variadas possíveis, não são as razões que justificam o que é devido. E isso exatamente porque o dever-ser o é para todos e a todos vincula; o que é bom o é para alguns e, não sendo para outros, não admite entendê-lo por obrigatório.

No entanto, como eles, mesmo que não equivalentes, estão atrelados um ao outro, faz-se necessário compreender essa relação. Duas compreensões parecem possíveis: ou se entende que a relação é de forma – princípio – e conteúdo – valor – e que, assim, os princípios são vias para tornar a todos obrigatória uma dada ordem axiológica (visões parciais de bom); ou se entende que os princípios são normas que têm sua substância definida pela prática social – como esta se apresenta – alheia a propostas eticizantes e, pois, a valores.

A primeira forma de compreensão é viciada por crer sinônimos valores e princípios. Dela comunga Alexy: "é perfeitamente possível partir na argumentação jurídica de um modelo de valores no lugar do modelo de princípios."[119] Na mesma esteira, também outros juristas nacionais: "[...] admitidos [os princípios] definitivamente por normas, são normas-valores";[120] "[...] migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios."[121]

A segunda forma de compreensão, por sua vez, ainda que bem distinga valores e princípios, peca por negar a presença dos primeiros na definição do

---

118 BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Interesse Público,* Belo Horizonte, v. 5, n. 19, p. 51-80, 2003, p. 56.

119 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 147.

120 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 248.

121 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico,* Salvador, Ano 1, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf. Acesso em: 15 maio 2008.

conteúdo do Direito. Afinal, se a essência dos comandos jurídicos se extrai da prática social e se ela é construída numa dimensão relacional, é possível que se sugira, eventualmente, uma eleição intersubjetiva de certos valores. A essa ordem valorativa, então, há que se atentar o Direito; não com uma postura generalizante, mas como reconhecimento de uma opção tangencial aos envolvidos que auxilia na extração do sentido normativo por eles criado e aceito.

Caso se negue isso, como parece fazer Dworkin, talvez se esteja retrocedendo ao raciocínio simplista do positivismo. Ainda que os valores não possam ser confundidos com normas jurídicas, faz-se imperioso perceber que são valiosos auxílios na promoção da interpretação destas, diante de um caso concreto a disciplinar, quando eleitos em comum pelas pessoas relacionadas.

### 2.1.3. Um provisório pressuposto

Decerto, não se podem impor valores ao se utilizar a norma, avaliando-se, preferencialmente, alguns comportamentos em desmerecimento de outros. Não se pode assim proceder, principalmente, quando se tratar de questões atinentes às pessoas em si consideradas, dentre as quais se destacam as de natureza familiar. Tal proposta axiológica é avessa à contemporânea sociedade pluralista e à pretensa consecução de um Estado Democrático de Direito, não se apresentando razoável. Todavia, isso não pode ser levado a extremo tal que impeça qualquer observação axiológica em âmbito jurídico. Afinal, se a substância normativa é ditada pela *praxis* pode ser que ela demonstre ter havido a escolha intersubjetiva de um valor a circunscrever a relação de alguns e sua respectiva disciplina jurídica.

Esse é o pressuposto do qual se propõe partir. Reconhece-se, de antemão, no entanto, ser ele apenas provisório, visto que eventuais deficiências podem vir a se apresentar.

# 3 *Princípios de Direito das Famílias*

## 3.1. Nota prévia

A exposição dos princípios jurídicos que se segue não contraria ou desmerece as discussões enfrentadas no capítulo anterior e a conclusão a que se chegou por meio de tais debates. Mantém-se a convicção de que os comandos jurídicos têm sua essência definida pela *praxis* social e que eles podem, assim, eventualmente, envolver valores, quando oriundos de uma eleição intersubjetiva.

A despeito de se reconhecer, nessa esteira, a inviabilidade de definições apriorísticas das normas jurídicas, o que se tenta fazer adiante é apenas informar um substrato norteador do conteúdo de cada princípio, *que poderá ou não coincidir com aquilo que se extrai do caso sob análise*. Logo, não se pretende, por intermédio desses delineamentos, realizar a tão criticada imposição axiológica. O objetivo é respeitar o teor didático e acadêmico da obra sem, todavia, comprometer seu compromisso prático.

## 3.2. Princípio do livre desenvolvimento da personalidade

Como já dito, fundamento de toda a sistemática normativa instalada pela Constituição, a ideia de dignidade está voltada especificamente para o propósito de proteção da pessoa humana. Nessa esteira, a família, em particular, serve enquanto exerce essa função protetiva em favor de seus membros. Assim, primeiro há que se falar em pessoa para, então, nela incutir a ideia de dignidade. Embora isso possa parecer óbvio – e é –, não pode levar à irrelevância da compreensão do termo *pessoa*.

Por muito tempo, limitou-se a afirmar que, numa acepção jurídica, *pessoa é o ente dotado de personalidade,* entendendo-se esta como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações; ser pessoa é ser sujeito de direito. Contudo, a partir da depreciação dos objetivos exclusivamente patrimoniais que sustentavam tal sistemática, ela foi superada, reconhecendo-se a insuficiência de tratar o ser humano de maneira resumida e abstrata, como simples detentor da aptidão para contrair obrigações e adquirir direitos. A realização existencial adquiriu relevo: do indivíduo chegou-se à pessoa humana.[122] Instaurou-se um novo vetor da edificação jurídica, qual seja a tutela das situações existenciais.[123]

---

122 MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 779, p. 47-63, set. 2000.

123 No mesmo sentido é a manifestação de Capelo de Sousa quanto ao ordenamento jurídico português. Em suas palavras: “Daqui decorre que a pessoa humana – toda e qualquer pessoa humana – é o bem supremo da nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim.” (SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade.* Coimbra: Coimbra, 1995, p. 97).

A primeira decorrência dessa mudança foi a reformulação do que vem a ser pessoa para o Direito e qual a melhor forma de tutelá-la. De um lado, torna-se patente que encará-la apenas como sujeito de direito, isto é, como abstratamente capaz de figurar em relações jurídicas é insatisfatório. Por outro lado, destinar-lhe proteção desatenta a suas especificidades, partindo-se de uma concepção única e generalizada, também não soa válido.

A pessoa passa a ser compreendida, então, como singularidade, como um ser idêntico apenas a si mesmo e, nessa medida, carecedor de cuidado peculiar.[124] Ademais, a pessoa humana passa a ser tomada como um fim e não meio – como até então era posta para consecução dos objetivos patrimoniais.[125]

Consoante essas novas proposições, reconsiderado também foi, como atributo definidor de pessoa, o que seja personalidade. Ao lado do significado de suscetibilidade de ser titular de direitos e deveres – que não se perde –, formula-se o sentido de *subjetividade*.[126] A personalidade pode, nessa acepção, ser entendida como o conjunto de características inerentes ao ser humano que serve à sua individualização e que, por isso, deve ser tutelado juridicamente.

A pessoa não é um *ser*, mas um *tornar-se*. Não é posta, mas constantemente construída. A existência humana consiste numa busca incessante, diante de sua incompletude. Voltada para um horizonte qualquer, a pessoa humana se desenvolve.[127] Apreende fatores sociais, identifica necessidades e busca satisfazê-las. A partir desse procedimento, forma e conforma sua individualidade.

Esse frequente processo, reforçando a dinamicidade própria da personalidade, autoriza concluir que, na verdade, cada pessoa constitui-se segundo decisão própria.[128] E, sendo assim, a maneira mais genuína de proteger o ser humano é tutelar o *desenvolvimento da sua personalidade*. Eis, quiçá, o corolário mais íntimo da ideia de dignidade, porque é incisivamente protetor da diferença de individualidade tão essencial à natureza humana.[129] Escolhas peculiares, formas exclusivas de coordenar os incontáveis fatores sociovitais: esse é o mecanismo capaz de propiciar a autêntica estruturação pessoal.

Note-se, com isso, que pretender deixar a cada um seu *devir* – vir a ser – induz, inevitavelmente, a reconhecer a pessoa como titular de liberdade. Imposições externas seriam fatalmente comprometedoras da real formação de referências

---

124 ARENDT, Hannah. *A condição humana.* 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 180.

125 A explicação é trazida por MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *A tutela da personalidade humana nas relações de consumo*. 1999. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 67.

126 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 124.

127 PAIVA, Márcio. Ontologia da liberdade e suas implicações. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 52-53.

128 PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 157.

129 PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: *Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 152 e 158.

individuais. Daí dizer-se que o direito que possuem todas as pessoas, enquanto tais, não se completa meramente pelo desenvolvimento da personalidade, mas pelo *livre desenvolvimento da personalidade*. A espontaneidade é propriedade nuclear da tutela jurídica:

> A protecção da personalidade pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo o próprio projecto, situação e possibilidade, independentemente de vinculação a um determinado modelo de personalidade, ligado a uma determinada mundividência, credo ou religião que não seja resultante da própria pessoa como ente dotado de capacidade de escolha.[130]

Para Norberto Bobbio, a liberdade pode ser dividida entre negativa e positiva. Aquela envolveria a possibilidade de *agir* sem obstrução, sem impedimento; esta, por sua vez, a possibilidade de *não agir*, sem que lhe seja exigido o contrário.[131] Liberdade, em suma, seria o *poder-ser* conforme volitiva do sujeito; autodeterminação.

Relevantes consequências derivam desse entendimento quando aplicado ao livre desenvolvimento da personalidade. Sendo regra a autonomia da pessoa na eleição de seus objetivos e suas respectivas ações, inadmitidas seriam quaisquer imposições de arquétipos predeterminados para serem seguidos. Limitações externas, sobretudo de natureza estatal, apenas caberiam quando devidamente qualificadas, quando fundamentadas, mormente numa interpretação sistemática dos preceitos constitucionais fundamentais, levando-se em conta os interesses de outras pessoas, dotadas de igual liberdade.[132]

Funda-se uma *presunção em favor da liberdade* que há de ser aplicada principalmente diante de situações duvidosas.[133] Eventualmente impondo-se a incerteza, há que prevalecer a opção individual. O ônus argumentativo fica a cargo da pretensão restritiva. A proibição de certas escolhas pessoais só vinga quando perfeitamente arrazoada.

Essa lógica é válida para o comportamento humano na constituição familiar. Nesse âmbito, especialmente, estar-se-ia diante de uma liberdade de ação, independentemente de suas características qualitativas, "uma vez que o juízo sobre a relevância, para a pessoa, de determinado comportamento, que a pessoa é livre de adotar, tem que caber ao próprio titular desta liberdade (sendo este também um dos sentidos da tutela do livre desenvolvimento da personalidade)."[134]

Ser pessoa não constitui um fato dado, mas uma estruturação. Ser pessoa é tornar-se, constituir-se. E assim, por meio da inserção social, pois "não há uma

---

130 PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 166.

131 BOBBIO, Norberto. *Liberdade e igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998, p. 49-51.

132 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

133 PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 188.

134 PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 201-202.

natureza humana que não seja também cultural."[135] Em consequência, na defesa da dignidade, há que se reconhecer, prioritariamente, que todo ser humano tem a sua personalidade – entendida como característica individualizadora – e a necessidade de plenamente desenvolvê-la.

O princípio do livre desenvolvimento da personalidade talvez seja, assim, a primeira condição para que um indivíduo se constitua como pessoa. E se a primeira – e principal – sede em que a constituição pessoal se dá é a família, suas relações hão de ser sob esse *standard* disciplinadas.

## 3.3. Princípio da afetividade (?)

Nas palavras de Rolf Madaleno, "o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana."[136] Trata-se de um sentimento que concorre para a realização da pessoa e sua constante formação, mas que só passou a ser objeto de atenção jurídica quando a família legítima – sediada no casamento – demonstrou a fragilidade dos seus contornos formais para a satisfação dos seus membros.

De fato, foi, sobretudo, paralelamente aos elos oriundos do negócio jurídico matrimonial que o afeto emergiu como aspecto capaz de fundamentar as relações familiares,[137] na medida em que condiciona os comportamentos pessoais dos envolvidos. As pessoas que têm afeto entre si, quando buscam a recíproca e conjugada realização subjetiva, assumem postura hábil a criar uma situação um tanto favorável, qual seja, a de uma convivência estável e ostensiva; típica realidade familiar contemporânea.

A afetividade apresenta-se como a grande justificativa dos ambientes familiares espontaneamente instaurados, principalmente os que não contam com a concorrência de recursos jurídicos constitutivos – a dizer, situações não matrimoniais. Ganha importância jurídica, no entanto, apenas ao provocar comportamentos permanentes e públicos em favor do conjugado crescimento pessoal dos agentes. Conforme esclarecem Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues,

> [...] o afeto só se torna juridicamente relevante quando externado pelos membros das entidades familiares através de condutas objetivas que marcam a convivência

---

135 GIOVANNETTI, Marcio de Freitas. O sujeito e a lei: um percurso acidentado. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família:* uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 52.

136 MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 99, *E-book*.

137 "Não há, ou ao menos não deveria haver, relação familiar à míngua do pressuposto da afeição." FIGUEIREDO, Roberto. O Código Civil de 2002 e as entidades familiares. Direito convivencial: uma tentativa de conformação principiológica. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 36, p. 17-31, jun./jul. 2006, p. 22.

> familiar, e, por isso, condicionam comportamentos e expectativas recíprocas e, consequentemente, o desenvolvimento da personalidade dos integrantes da família.[138]

Nesses casos, é certo que a afetividade, mais do que se mostrar como um eventual caráter familiar, alcança o *status* de requisito elementar, enquanto responsável pelo desencadear de efeitos jurídicos.[139] Dito de outra forma, sob os moldes citados, o afeto apresenta-se como: fato jurídico[140] *lato sensu*, posto ser ocorrência real – mundo ôntico; do ser – provocadora de consequências na órbita do Direito[141] – mundo deôntico; e do dever-ser.

Compreendido dessa maneira o afeto, não parece, porém, que ele abranja natureza normativa. Da necessidade de sua verificação, para reconhecimento de realidades familiares não criadas por intermédio do Direito, não decorre a sua exigibilidade intersubjetiva. Assim, soa dúbia a afirmação daqueles que lhe atribuem a qualidade de princípio jurídico.[142]

Imputar à afetividade tal predicado induz a conferir-lhe uma característica imperativa. Saliente-se, mais uma vez, que os princípios jurídicos são norma e, por isso, de obrigatória observância. Nisso se assenta a dúvida. A afetividade é passível de cobrança? Pode-se impor a alguém que tenha e preste afeto a outro(s)?

A resposta, crê-se, só pode ser negativa. Se o afeto é um sentimento de afeição para com alguém, soa intrínseco a ele sua característica de espontaneidade. É uma sensação que se apresenta, ou não, naturalmente. É uma franca disposição emocional para com o outro que não tolera variações de existência: ou há ou não há; e, tanto numa como noutra hipótese, o é porque autêntico. Isso impede que, ainda que se pretenda, se possa interferir sob o propósito de exigibilidade nas situações em que ele não se apresentar autonomamente. Insistir nisso é desvirtuar a virtude do afeto. Uma vez imposto, não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que

---

138 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Porto Alegre, n. 10, p. 39, jun./jul. 2009.

139 Esse raciocínio é válido para os vínculos que o Direito simplesmente reconhece. O afeto é pressuposto elementar das situações familiares *pré-jurídicas*. Quando a família ou a relação familiar é criada pelo Direito – como ocorre no casamento ou nos parentescos daí derivados –, a comprovação do afeto não se requer para caracterização e eficácia jurídicas. Ainda que ele possa, nessas hipóteses, ser deduzido do ânimo intersubjetivo de formação familiar, o afeto não se configura um requisito propriamente dito, alvo de investigação, para fins constitutivos (da mesma forma que a estabilidade e a ostensibilidade).

140 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Porto Alegre, n. 10, p. 39, jun./jul. 2009.

141 Importante é relembrar que o afeto, para provocar consequências jurídicas em sede familiar, necessita estar conjugado com as características de estabilidade e ostensibilidade.

142 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 73-76; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 99, *E-book*.; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 82-83; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 96, *E-book*.; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito de família. v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 27-32.

lhe são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos.

A conclusão emerge por si. A afetividade, embora merecedora de atenção jurídica, assim o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada e, desse modo, geradora de certos efeitos na órbita do Direito. A sua existência nas entidades familiares é elemento fático; porém, não jurídico. O caráter de juridicidade – o cunho normativo-imperativo – está relacionado às consequências que a presença do afeto, na construção das relações familiares, pode gerar.

## 3.4. Princípio da pluralidade de entidades familiares[143]

O conceito atual da família, conforme se apresentou, sugere uma variedade de concretizações possíveis. Se família é ambiente que, constantemente fundado no afeto, apresenta estabilidade e respectiva ostensibilidade, concorrendo para a formação pessoal dos seus membros, é de se admitir que ela não se restrinja à estrutura ou à origem singular. Afinal, as formas de manifestação de afeto são, por si, as mais diversas, da mesma forma que os incentivos para a constituição subjetiva. Não importando a procedência, tampouco a maneira de se estruturar, é possível dizer que hoje não cabe mais falar em família única. A família contemporânea compreende uma pluralidade de formações. Daí falar-se em famílias.

Lembre-se, contudo, que essa multiplicidade de formas não é atual. Ela já vinha sendo demonstrada durante o evoluir da sociedade brasileira. Consoante o que ficou demonstrado, há muito tempo já se fundavam famílias fora do casamento. O que é novo é o reconhecimento jurídico dessa realidade. "Todos os fatos e acontecimentos sociais que durante toda a história brasileira proporcionaram ao modelo familiar uma pluralidade de formas estão sendo recepcionados pelo Direito no final deste século."[144]

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, ao lado do casamento, já enunciou expressamente como entidade familiar duas formações outrora ignoradas. A união estável e a família monoparental passaram, a partir de então, a

143 Orlando Gomes, utilizando a locução *polimorfismo familiar*, já no ano de 1983, defendia a pluralidade de entidades familiares. Segundo o autor, "[...] o regime legal da família não deve se restringir à família constituída pelo *casamento*, muito menos ainda a seu modelo antigo de uma sociedade fechada sobre si mesma, na qual se sucedem as mortes, os matrimônios e os nascimentos, assegurando entre as gerações uma continuidade biológica, social e econômica. Igual tutela deve ser dispensada, na medida do possível, a toda sociedade aberta de *convivência* íntima entre seus componentes, [...]." (GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 176).

144 FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 84, grifo nosso.

ser reconhecidas como família e a ser devidamente protegidas pelo ordenamento.[145] É assim porque são estruturas que satisfazem o conceito contemporâneo, servindo ao pleno desenvolvimento da pessoa.

Essa expressão constitucional, ao mesmo tempo em que é louvável, é arriscada. Louvável porque aproxima o Direito da realidade, concedendo-lhe a devida tutela. Arriscada, por sua vez, porque pode ensejar – como já acontece – interpretações enganosas, baseadas numa suposta limitação da proteção jurídica a essas famílias.

Não se pode dizer que o ordenamento somente destina tutela à família fundada no casamento ou na união estável entre um homem e uma mulher, ou na entidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, conforme o elenco enunciado no texto constitucional. O que o sistema jurídico – instaurado pela Carta Magna de 1988 – quer proteger, enquanto família, é a comunhão afetiva que promove a formação pessoal de seus componentes, seja sob qual forma for que esta se apresente, tenha que origem for. Não é da expressão normativa que vem a razão para a tutela. O fundamento é o próprio conceito de família.

Como já se teve o cuidado de explicar, a união estável e a família monoparental são formações que já se mostravam na sociedade. Portanto, na tentativa de se adequarem os prismas jurídico e real, era mesmo esperado que o texto constitucional apenas abrangesse tais estruturas. Mas isso não pode servir como pretexto para negar proteção às eventuais formações familiares que se diferenciam daquelas descritas na Constituição, mesmo porque já é de se admitir que novos modelos fatalmente advirão, como lembra San Tiago Dantas:

> A família é um fato natural [...] A convenção é estreita para o fato, e este se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda a parte ele constitui a família, dentro da lei, se é possível; fora da lei, se é necessário.[146]

Há que se compreender a proteção constitucional familiar como a mais abrangente possível. Despiciendo a forma da qual se valha, o único juízo que se admite fazer atine à preservação da dignidade e do livre desenvolvimento das pessoas que compõem o ambiente familiar.[147] Constatado isso, toda e qualquer estrutura, toda e qualquer origem familiar, merece proteção jurídico-constitucional. "Cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa."[148]

---

145 "Art. 226. [...]
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

146 DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 3-4.

147 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

148 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2.

Nessa feita, interpretar de forma delimitada a assertiva constitucional é relegar toda a evolução social e jurídica processada. É insistir, de forma despropositada, numa superada ordem normativa, incutindo no atual o ultrapassado:

> [...] cabe questionar, dentre outros aspectos, se uma hermenêutica restrita do texto constitucional [...] não corresponde a uma leitura destituída de reflexão dos princípios norteadores das regras ora vigentes, equivocadamente feita à luz do direito de tradição liberal em matéria familiar.[149]

Imprescindível torna-se formular uma coerente hermenêutica para o tema; uma maneira de interpretar as disposições constitucionais em matéria de família de forma compatível com o verdadeiro significado que ela envolve hoje. Para isso, o que não se pode perder de vista é a compreensão de que a família é, verdadeiramente, um precioso instrumento voltado à tutela existencial das pessoas, fundado geralmente em relações afetivas. A partir disso, basta considerar o princípio da pluralidade de entidades familiares, conforme proposto e devidamente explicado por Ana Carla Harmatiuk Matos:

> Por meio de uma interpretação restrita dos comandos constitucionais pode-se chegar ao entendimento, em nosso entender equivocado, conforme o qual a pluralidade de formas de família é uma pluralidade na esteira da Constituição. Ou seja, nesta linha de pensamento, será apenas possível a variedade de maneiras de formação da família como expressamente estabelecido no texto constitucional. Não assemelha ser essa a extensão devida ao princípio da pluralidade familiar [...]. Num futuro próximo, com novas transformações sociais, outras formas de família deverão produzir efeitos jurídicos, sem a necessidade de uma disposição manifesta do texto constitucional, isto porque as mudanças operadas no Direito Civil transcendem aquelas diretamente estabelecidas nas regras postas.[150]

Por meio desses critérios interpretativos, crê-se ficar assegurada uma efetiva proteção jurídica. Família é família desde que, satisfeitos os respectivos requisitos, concorra para tutela da pessoa humana, *não importando nem sua forma nem sua origem*. O que precedeu à reunião das pessoas, e a estruturação sob a qual se apresentam, é desprezível. Consequentemente, é inadmissível não reconhecer que a disposição constitucional do artigo 226, § 3º e § 4º, tem natureza meramente exemplificativa.[151]

---

ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244.

149 RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento:* de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 132.

150 MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 113-114, grifo nosso.

151 Conforme Paulo Luiz Netto Lôbo: "A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonializada, mas outras duas explicitamente, além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 4, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004, p. 143). Nesse mesmo sentido, "a vida em família não se resume ao formalismo: explica-se e encontra sua razão de ser na ausência de

## 3.5. Princípio da monogamia (?)

De fato, conforme já se esclareceu, a disciplina jurídica dedicada à família instalou-se na sociedade brasileira por intermédio de um processo de sobreposição de normas formuladas para aplicação em contexto radicalmente diverso ao nacional. Disso deriva uma importante consequência, qual seja, a imposição de aspectos religiosos, não comungados pela sociedade brasileira. Considerando que à época ainda havia a fusão – se não declarada, disfarçada – entre o Estado e a Igreja, esta exerceu interferência decisiva na regulamentação jurídica da família no Brasil.

Além de impor o resumo da família ao casamento, constituído sob a benção divina e, por isso, indissolúvel, a Igreja estabeleceu a exclusividade conjugal: isto é, a monogamia. Ela é extraída do mandamento bíblico disposto no Novo Testamento, segundo o qual "cada mulher para cada homem".[152] Esse foi o raciocínio que se estampou no Código Civil de 1916 e que provocou, dentre outras consequências, a tipificação do adultério – consubstanciado na violação à exclusividade da relação sexual no matrimônio – como crime.[153]

Por outro lado, também a justificar esse aspecto, concorreu a lógica patrimonialista. A partir da grande defesa jurídica da propriedade privada, a exclusividade da titularidade também foi transportada para as relações familiares. Entendidas como núcleos produtivos, as famílias deviam se resumir aos frutos da relação unitária entre marido e mulher, sob pena de contrariar o escopo de concentração patrimonial. Daí se justificam o dever conjugal de fidelidade e a restrição da filiação legítima àquela oriunda – ainda que presumidamente – da conjugalidade matrimonial (critério jurídico do vínculo filial).

Inegável é, assim, que a monogamia permeia a história das civilizações ocidentais, de tal forma a instaurar pilares jurídicos considerados extremamente sólidos. No entanto, como bem destaca Carlos Eduardo Pianovski Ruzky, essa história não se apresenta linear; ao revés, é recheada de cortes relativos, principalmente, no âmbito externo da conjugalidade. Na visão do autor, a monogamia muito mais se sustentou em ambiente interno – vedando formações poligâmicas no interior da conjugalidade matrimonial – do que externo. Nesse sentido, apresenta:

> Propõe-se denominar esse surgimento de conjugalidades exteriores a uma comunidade familiar originária de poligamia exógena, em contraposição a uma poligamia endógena – ou seja, aquela que se constitui por múltiplas conjugalidades inseridas em um mesmo grupo familiar. A longa duração da monogamia pode ser aferida no seu caráter endógeno. O mesmo não se pode dizer de seu caráter exógeno. A poligamia exógena masculina chega a ser aceita – e até incentivada – em dados

---

modelos prévios e fechados." (FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 126).

152 Interessante é notar, porém, que o Antigo testamento faz referência à poligamia como prática natural dentre os costumes da época. Isso é o que lembra Rafael Camargo Delerue (DELERUE, Rafael Camargo. *Os frágeis alicerces da monogamia*. Abril de 2004. Disponível em: http://dantas.editme.com/files/textos/ monogamia.2.htm. Acesso em: jun. 2008).

153 Esclareça-se que o adultério, no entanto, deixou de ser crime em 2005, quando a Lei nº 11.106 revogou o artigo 240 do Código Penal Brasileiro.

> momentos históricos, ao passo que, em outros, é veementemente repelida. [...]. Essa construção histórico-sociológica é efetivamente marcante na construção do que se apresenta como um 'padrão médio' da família ocidental.[154]

Diante, porém, de toda reformulação sociojurídica pela qual passou a família, superando, especialmente, a preponderância do teor patrimonialista, e diante da instalação de um Estado laico, fica a dúvida sobre a possibilidade, ainda hoje, de se defender a monogamia como um pilar sustentador da formação familiar, imposto juridicamente.

Duas importantes revisões hermenêuticas disso sucedem. A primeira consiste em afastar qualquer tentativa de transpor, ao tratamento das formações familiares em geral, a disciplina jurídica até então própria do casamento. A segunda é a necessidade de analisar, criticamente, a manutenção de uma disciplina jurídica matrimonial emoldurada em aspectos, porventura, desatualizados.

Se não é mais razoável que o Direito eleja um padrão de entidade familiar, ou que pretenda impor certas balizas que necessariamente devem por ela ser observadas, corolário disso é não poder relegar comportamentos supostamente desviantes, no propósito de negar-lhes efeitos. Isso alcança maior destaque, ainda, quando se percebe que a afetividade – um dos pilares que geralmente sustenta a edificação familiar – é fluida quanto às maneiras de se consubstanciar. Isso pode alcançar, diretamente, o parâmetro da monogamia, entendido como um dever-ser.

Autores mais recentes chegam a afirmar uma crise do sistema jurídico monogâmico.[155] Teria, nessa feita, permanecido a monogamia apenas como um princípio de cunho moral, religioso ou ético,[156] que, convertida em aspecto ajurídico, não se pode pretender impor a uma sociedade eminentemente plural, como a atual. Não se pode descartar a hipótese de "pessoas que, em suas múltiplas 'morais', podem reputar uma realidade familiar poligâmica como mais adequada às suas aspirações existenciais."[157] Com razão parece estar, mais uma vez, Carlos Eduardo Pianovsk Ruzyk:

> Nessa toada, tomar um princípio jurídico da monogamia como um 'dever-ser' imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade

154 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana.* São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 196.

155 ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e cidadania:* o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 152.

156 Discordando frontalmente dessa posição, encontra-se, dentre os atuais, Rodrigo da Cunha Pereira: "O princípio da monogamia, embora funcione também como ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 106-107.

157 RUZKY, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana.* São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 197.

> que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade.[158]

À monogamia parece poder ser reconhecida apenas a qualidade de valor, visto que representa um parâmetro do que seja *bom* e, assim, não coincidente para todos. É possível perceber, socialmente, a descrença de alguns a esse parâmetro. Há quem escolha para si a poligamia.

Nessa esteira, pretender dar à monogamia a qualidade de princípio jurídico é o mesmo que impor a todos que se sujeitem a ela. Isso seria, ao mesmo tempo, desmerecer o conteúdo e o propósito das famílias – qual seja, permitir a realização pessoal –, bem como e, sobretudo, desmerecer a conotação dos princípios e sua distinção frente aos valores. A solução parece, mesmo, inaceitável. A monogamia é valor que não alcança, por si, o *status* de princípio jurídico.

De qualquer forma, retomando-se o pressuposto hermenêutico provisório que aqui se propôs, resta fazer uma ressalva. A escolha, seja pela adoção da monogamia, seja pelo abandono dela, há de ser dos envolvidos. Lembre-se de que o conteúdo normativo é ditado pela prática social e esta pode eleger valor. Em conclusão, desde que a seleção tenha sido intersubjetiva, ao Direito cabe disciplinar os respectivos efeitos.

## 3.6. Princípio da solidariedade

A inserção social é uma das principais características da qualidade humana. Nessa medida, sob o propósito de emoldurar uma disciplina jurídica voltada à proteção pessoal, impõe-se assumir a concepção de que "a pessoa só existe enquanto coexiste."[159]

Considerar tal pressuposto leva a reconhecer de imediato, como já se teve oportunidade de ressaltar, que a constituição da pessoa, enquanto tal, requer, invariavelmente, sua interação com o outro. A apreensão de fatores que se dispõem no ambiente social é condição elementar para se tornar possível a formação da subjetividade: "somente se pode pensar o indivíduo como inserido na sociedade, isto é, como parte de um tecido social mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade."[160]

---

158 RUZKY, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. Para maior aprofundamento na matéria, vale conferir a dissertação de mestrado do autor: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas:* da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

159 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 69.

160 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coord.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 170-171.

Precisa-se do alheio – relativo a outrem – para estruturar o próprio – relativo a si mesmo. A alteridade é aspecto fundador da individualidade. Há uma recíproca dependência entre as pessoas; e isso, de fato, nada mais é que *solidariedade*.

Tomado por *dado* inerente à humana dinamicidade constitutiva, a solidariedade talvez não requeira maior atenção. Afinal, apresenta-se *espontânea*. Ao revés, a partir do momento em que ocorre uma conscientização acerca dessa vinculação mútua que une os membros sociais, *ser solidário passa a representar ser responsável pelo outro*. Nesse caso, a solidariedade alcança considerável destaque e importância, tornando-se alvo de ocupação jurídica.

Se as pessoas não são apenas responsáveis pela formação de si próprias, mas também pela formação dos demais integrantes da sociedade, é preciso impeli-las a ofertar esse auxílio. Permitir que ele falte é admitir que fique maquiado o processo de desenvolvimento da personalidade; o que, para o ordenamento jurídico, é o mesmo que falsear a consecução do compromisso de proteger a pessoa. "*La persona è inseparabile dalla solidarietà: La cura dell'atro fa parte del concetto di persona*."[161]

Talvez, por isso, o próprio texto constitucional de 1988 tenha prescrito, logo após a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III), a solidariedade como um dos objetivos da República (artigo 3º, I).

Este foi um valioso acerto. Afinal, se o direito de todos à defesa de sua pessoa engloba, impreterivelmente, a necessidade de cooperação do outro, coerente se mostra conceder qualidade jurídica a esta última, tornando-a imperativa, obrigatória. Trata-se de mais um expediente a garantir a realização da tutela dos homens e de sua humanidade: ao lado do Estado, todos os integrantes da sociedade também são, a partir do imperativo constitucional, juridicamente responsáveis uns pelos outros.

O raciocínio é novo; próprio da contemporaneidade. No contexto moderno, não passava a solidariedade de uma virtude de cunho moral, de um altruísmo religioso que, quando muito, compreendia imposição interna e, nessa medida, opcional para cada sujeito. Isso porque, conforme já se descreveu, nesse período vigia um pensamento egoístico e excludente,[162] e o Direito resumia-se a preservar as relações pautadas na busca pela satisfação de interesses exclusivos, ainda que para isso fosse preciso atropelar interesses alheios.

A ideia atual de solidariedade é outra. É considerada como dever jurídico, compreendedor, pois, de exigibilidade; desponta-se como sustentáculo de defesa da pessoa. Isso equivale a entendê-lo por alicerce de realização dos direitos fundamentais.

---

161 A pessoa é inseparável da solidariedade. O cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa. (PERLINGIERI, Pietro. *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 70, tradução nossa).

162 PERCES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales:* teoria general. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 263. Ainda, nessa mesma obra, assevera o autor: "A esta situación se añadirá, para aumentar la insolidaridad, la idea de propriedad privada entendida como un derecho natural, pero de los actuales propietarios, es decir, no igualitario." (p. 270).

Nesses termos, *a solidariedade abrange duas faces*, complementares entre si: uma negativa e uma positiva. A *negativa* explica-se pela ordem de respeito e tolerância[163] frente à forma eleita pelo outro para sua realização pessoal. A *positiva*, por sua vez, explica-se pelo imperativo de sanar as carências do outro a fim de conceder-lhe situação adequada ao seu livre e pleno desenvolvimento.[164] A finalidade da solidariedade é contribuir para a autodeterminação.

Em princípio, para tanto bastará que se reconheça no outro, verdadeiramente, alguém igualmente titular do direito de constituir-se a seu modo; o que requer admitir o direito deste de ser distinto.[165] Essa é, indubitavelmente, uma postura auxiliadora por incentivar a autenticidade de cada um e, ao mesmo tempo, sua pertença ao grupo social. É assim porque, ao não se resumirem as escolhas individuais possíveis a protótipos preestabelecidos, assegura-se que, qualquer que seja a eleição da pessoa, será considerada inclusa na pluralidade social.

Todavia, certas situações exigirão mais. Não se pode falar em *livre* desenvolvimento da personalidade se não se apresentam escolhas à pessoa, haja vista se encontrar resumida à determinada condição social. Erradicar a pobreza e a marginalização – objetivos também constitucionalmente assumidos (artigo 3º, III) – são metas que conclamam a atuação solidária promocional para que as pessoas possam conduzir-se livremente. O dever jurídico da solidariedade vinga também, e sobretudo, na desigualdade social. “Não há espaço, no projeto constitucional, para a exclusão; mas também não há lugar para a resignação submissa, para a passiva aceitação da enorme massa de destituídos com que (mal) convivemos.”[166]

A solidariedade pode, assim, impor que se preste auxílio material ao outro. No entanto, saliente-se que, se o propósito é prestar o necessário para o estabelecimento da autonomia individual, a atitude solidária pautada no encargo patrimonial deve cessar quando a independência financeira do beneficiado se mostrar possível. A solidariedade não pode se identificar com a dissolução da pessoa na sociedade. O coletivismo é incompatível com a defesa dos direitos fundamentais.[167] O foco há de ser na sua autonomia.

Essa é uma macroperspectiva da solidariedade, considerando-se abrangente de todo o tecido social. No entanto, reiterado o fato de que a sociedade tem por base a família, é de se deduzir ser este o primeiro núcleo no qual a solidariedade

---

163 “[...] como señalaba el director general de la UNESCO en su informe para el Ano Inernacional de la Tolerancia, la tolerancia no es una actitud de simple neutralidad o indiferenca, sino una posición resuelta que cobra sentido cuando se opone a su limite, que es lo intolerable” (GAOS, Mónica Beltrán. Tolerancia e derechos humanos. *Política y Cultura,* México, n. 21, p.179-189, Primavera 2004, p. 184).

164 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 44.

165 GAOS, Mónica Beltrán. Tolerancia e derechos humanos. *Política y Cultura,* México, n. 21, p. 179-189, primavera, 2004, p. 180.

166 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coord.). *Os princípios da constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

167 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales:* teoría general. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 276.

deve imperar. Originária e preferencialmente, os familiares hão de ser solidários entre si, a fim de auxiliar a promoção do livre desenvolvimento da personalidade de todos. Aliás, nisso se assenta a própria conceituação de família – formação social que envolva ambiente propício à plena formação pessoal de seus componentes –, o que reforça ainda mais a responsabilidade jurídica que têm seus integrantes, uns perante os outros: "un pour tous, tous pour un".[168]

Se o propósito da família de hoje é, exatamente, a busca pela felicidade – daí o qualificativo eudemonista – sediada num ambiente fomentador da liberdade individual, a solidariedade, compreendida como ser responsável pelo outro, apresenta-se como um consectário lógico, conforme bem descreveu João Baptista Villela: "o homem só é feliz à condição de livre. Só é livre, quando responsável."[169]

Por fim, vale acrescer uma nota distintiva entre solidariedade e afetividade. Ainda que ambas se insiram nas relações familiares, em geral, e que sejam condições elementares para a constituição subjetiva dos familiares, elas não se confundem. A decisiva diferença atine ao caráter normativo. Apenas a solidariedade é um princípio jurídico; somente ela, pois, é exequível e impositiva. A afetividade, por sua vez, não comporta qualquer vindicação ou cobrança. Se existe, carrega consigo a franqueza e a naturalidade. Se não existe, o Direito é incapaz de criá-la pela ordem.

## 3.7. Princípio da igualdade

É possível dizer que a igualdade representa uma conhecida reivindicação. O ideal de tratamento paritário é realmente frequente ao longo da história. Nessa constância, é possível notar alterações de concepção. A igualdade parece ser um conceito cuja composição é infinda. De qualquer forma, permite verificar três versões principais[170] que se apresentam temporalmente sucessivas e complementares.

A primeira é a *igualdade formal*, que se concentra na conhecida fórmula: "todos são iguais perante a lei". Caracterizada pela abstração e generalidade – em desmerecimento a qualquer peculiaridade econômica ou pessoal –, esse entendimento da igualdade tem a serventia de proibir que o Estado, por intermédio do ordenamento jurídico, privilegie uns com a concessão exclusiva de direitos e os negue aos outros, em total desmerecimento.[171] Essa foi, em termos históricos, a

---

168 "Um por todos, todos por um". Essa é a célebre frase de Dumas, bem lembrada por MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coord.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167.

169 VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade:* por uma ordem social não violenta. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982. (Série Monografias, n. 3), p. 32.

170 A explicação é de autoria de Flávia Piovesan (PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia. *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49).

171 Essa foi a igualdade defendida no século XVIII, que se apresentou nas Declarações de Direitos americana, de 1776, e francesa, de 1789. Trata-se de uma igualdade de cunho eminentemente legal que, para o contexto, era suficiente. Isso porque o propósito era

versão *original* da igualdade e foi a que perdurou como única por um relativo período. Em certa altura, porém, outras concepções a ela se somaram, sob o propósito de complementá-la e apurá-la, haja vista que "quanto mais se declara a universalidade da igualdade de direitos, mais abstrato [sic] se torna a categoria desses direitos. Quanto mais abstrato, mais se ocultam as diferenças geradas pela ordem social."[172]

A segunda versão, assim, já abrange verdadeiro conteúdo: é a *igualdade material*, de matriz *socioeconômica*. Consiste num suplemento à primeira ideia, diante do reconhecimento de que a realidade social, por si, impõe algum escalonamento pessoal decisivamente comprometedor da igualdade apenas baseada na concessão de idênticos direitos a todos.[173] Dito de outra forma, percebido que a diferença econômica é determinante para a posição social da pessoa e que esta, por sua vez, inviabiliza a ideia de igualdade de direitos – já que se terá titularidade, mas, muitas vezes, impossibilidade de exercício –, é preciso que essa diferença seja corrigida. A igualdade requer, então, a promoção de uma justiça social distributiva.[174]

A terceira versão da igualdade – mais recentemente apresentada – também é substantiva e complementar à primeira versão. Todavia, diferente da anterior, sua materialidade está afeta à ordem pessoal. É a *igualdade material identitária*, cujo propósito é corrigir a conotação abstrata e generalizada da igualdade formal pelo reconhecimento das variadas identidades presentes na sociedade plural. A ideia é salientar, na concessão e execução de direitos e deveres, as peculiaridades pessoais de gênero, idade, raça, orientação sexual etc., a fim de permitir que a igualdade jurídica não aniquile, mas pressuponha e respeite a diferença real. O designo é defender, como descreve Boaventura de Souza Santos, que

> [...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças, e de uma diferença que não produza ou reproduza as desigualdades.[175]

Esse processo de agregação de significados pode ser percebido no ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da igualdade, na sucessão dos textos constitucionais,

---

inviabilizar o feudalismo e o absolutismo monárquico.

172 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 141.

173 Historicamente, percebe-se que a busca pela realização dos ideais burgueses, promovida, especialmente, com o advento dos Estados Liberais e com a igualdade formal por eles instalada, criou a concentração patrimonial de uns e a exploração proletária de outros. Como as misérias sociais se alarmaram, tornou-se precário enunciar serem todos iguais simplesmente pelo fato de a lei não os diferenciar pela titularidade de direitos e deveres.

174 Nesse contexto é que se edificam os Estados Sociais, cuja nota sonante é, exatamente, promover aos indivíduos que não as tinham, condições e oportunidades para o exercício de seus direitos. Daí surgiram os denominados direitos sociais prestacionais, especialmente inaugurados nas Constituições mexicana, de 1917, e alemã, de 1919.

175 SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

realmente, demonstra certa dilatação de substância. Já na Constituição de 1891, a igualdade é lembrada sob a primeira versão, formal,[176] e assim é repetida nas seguintes: Constituições de 1937[177] e 1946.[178] Um pouco mais além da seca expressão de que "todos são iguais perante a lei", as cartas constitucionais de 1934[179] e de 1967[180] foram mais incisivas sobre a vedação a distinções ou privilégios legais, ao citarem alguns critérios que não poderiam ser invocados para diferenciação de direitos, como riqueza, sexo, raça e nascimento, por exemplo. De alguma forma, isso serve a demonstrar certa proeminência das segunda e terceira versões da igualdade, já que a preocupação com o conteúdo começa a se fazer presente.

A Constituição Federal de 1988, enfim, arremata esse processo. O princípio da igualdade, como nela previsto, alcança sua maior amplitude substancial, impondo-se um tratamento legal que seja a todos similar *porque* atento a suas próprias diferenciações, tanto de ordem econômica como identitária.

A aplicação desse princípio na seara do direito das famílias, em especial, determina alterações categóricas em três assuntos principais, dada a pregressa disciplina normativa que recebiam. Fica proibida a desigualdade nas relações de

---

176 Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.
§ 2º - Todos são iguais perante a lei. (grifo nosso)

177 Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
1º) todos são iguais perante a lei;

178 Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º Todos são iguais perante a lei.

179 Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas. (grifo nosso)

180 Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei. (grifo nosso)

gênero[181] (masculino e feminino), nas relações de filiação[182] (de todas as origens) e entre as entidades familiares[183] (matrimoniais e não matrimoniais).[184]

Isso não quer dizer, porém, que todo o tratamento jurídico dos homens e mulheres, dos filhos e das famílias há de ser idêntico. Vale insistir que a igualdade que se pretende instalar é atenta às diversidades econômicas e pessoais existentes e, dessa forma, não apenas permitirá, mas, eventualmente, requererá disciplinamentos legais peculiares. Nesse viés, alguns exemplos podem ser citados.

A diferença do direito à licença-maternidade em relação à licença-paternidade é perfeitamente adequada ao princípio da igualdade. O restabelecimento da mulher, especialmente pela sua qualidade de parturiente, requer prolongado período, ao passo que a qualidade de pai não demanda o mesmo. Nesse caso, então, a dessemelhança é que garante a igualdade. No que tange aos deveres e direitos conjugais, por sua vez, já não há razão para conceder distinções entre o homem e a mulher. A igualdade aqui, portanto, é sinônima de equivalência.

Em suma, "não [se] está igualando física ou psicologicamente o homem e a mulher. [...] [há] possibilidade de tratamento diferenciado [...] sempre que houver um motivo justificador."[185] Não o havendo, a lei precisa equipará-los.

A regra deve ser a mesma para os filhos e para as entidades familiares, entre si considerados. Sobre isso, podem-se citar dois exemplos.

O impedimento matrimonial do filho havido por adoção, também quanto aos seus parentes consanguíneos – cujo parentesco foi, inclusive, desfeito pela adoção –, é tanto uma distinção quanto uma medida de igualdade.[186] Sendo a derivação biológica, em certos graus, um fator comprometedor da capacidade (*específica*) núbil, deverá sê-lo para todos os filhos, ainda que com isso o adotado tenha um maior grupo de pessoas com quem esteja impedido de se casar.

Também nesse sentido, a equiparação de alguns efeitos do casamento à união estável pode ser providência atentatória do princípio da igualdade. É o caso da presunção de paternidade, nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil[187], por exemplo. Para essa consequência, mostra-se crucial a prova

---

181 CF/88, art. 5º, I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

182 CF/88, art. 227, § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

183 Essa é a interpretação que se faz do art. 226 da CF/88. Afinal, após prescrever no *caput* que a família – gênero – tem proteção especial do Estado, enuncia, nos seus parágrafos, exemplificativamente, as várias entidades familiares.

184 Segundo Paulo Lôbo, "nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares." (LÔBO, Paulo. *Direito civil:* volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*).

185 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 101, grifo nosso.

186 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*

187 CC/02, Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

pré-constituída da existência familiar. Como essa solenidade, em princípio, só se satisfaz com o matrimônio, não se pode estender essa presunção em relação ao companheiro quando a união estável foi constituída informalmente. Novamente, nessa hipótese, a igualdade é garantida pela diferenciação.

O princípio da igualdade em matéria de família, no entanto, não se resume a esses três âmbitos (gêneros, filhos e espécies familiares), embora eles emerjam com grande clareza. O maior desafio que o princípio da igualdade traz consigo diz respeito à sua aplicação em temas até então pouco explorados pelo direito das famílias. A orientação sexual, a opção religiosa e as deficiências fisiopsíquicas, dentre outros, são urgentes provocações das quais a hermenêutica jurídico-familiar não pode escapar. Para enfrentá-las, serve a seguinte orientação: a igualdade defesa constitucionalmente é concreta; parte de uma estrutura formal, mas que deve estar atenta, sobretudo, à realidade socioeconômica e pessoal, que fatalmente demandará a preservação da diferença. Nas palavras conclusivas de Flávia Piovesan:

> Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade. O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária [...] e [a]o surgimento de uma sociedade civil plural e diversa no marco do multiculturalismo.[188]

## 3.8. Princípio da proteção especial

Num contexto em que o Direito se dispõe a proteger a pessoa, em sua concretude, decorrência lógica é a atenção dispensada à percepção das peculiaridades individuais. É isso que pode garantir a realização de uma tutela adequada ao incentivo da livre formação da personalidade.

Nessa esteira, ganha relevo o tratamento jurídico dispensado a alguns sujeitos, ora porque situados em fases especiais do processo de autoformação, ora porque têm delicada condição pessoal, a tornar qualquer fase de seu desenvolvimento uma fase especial. As crianças, os adolescentes e as pessoas idosas compõem o primeiro grupo; as pessoas com deficiência, o segundo.

Dessa maneira apresentados, é possível perceber que o que todos têm em comum é a carência de habilidade para o exercício de sua autonomia e, nessa feita, para a realização de escolhas atinentes à construção de sua personalidade. Essa é, inclusive, a razão para serem merecedores de uma tutela jurídica diferenciada. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira: "encontram-se em situação especial de maior

---

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

188 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. *In:* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia. *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 50-51.

fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar como pessoa humana e se autogovernar."[189]

Saliente-se que essa providência jurídico-legal visa resguardar a tal público a realização de sua liberdade em conformidade com o que lhe permite sua situação pessoal. Trata-se de postura promocional do Direito; não supressiva. Logo, o objetivo não pode ser substituir tais sujeitos por outros que façam ou decidam por eles. Isso seria o mesmo que aniquilar sua qualidade de pessoa, posto retirar-lhes a independência existencial. O poder de decisão, especialmente nessa seara, há que ser priorizado, não desmerecido. Do contrário, "a excessiva proteção traduzir-se-ia em uma terrível tirania."[190]

O problema daí derivado é como coordenar essa tentativa de preservação da autonomia com a falta de capacidade de fato imputada a alguns desses grupos. Como pode o próprio ordenamento jurídico autorizar escolhas espontâneas e independentes dessas pessoas se a manifestação de sua vontade pode ser considerada juridicamente inválida?

Explica Simone Eberle que autonomia e capacidade de fato se assemelham por traduzirem o poder de escolha. No entanto, não se confundem. A autonomia guarda as características de dinamismo e concretude. A capacidade de fato, por sua vez, as de generalidade e abstração. Prossegue a autora na explicação:

> Justamente por se firmar em padrões estáveis e predeterminados, a capacidade de fato viabiliza e assegura o fluxo negocial; por sua abstração, ela permite que se firme a paridade entre os sujeitos intervenientes nas relações jurídicas. Vê-se, portanto, que a capacidade de fato, ao 'cristalizar' a autonomia, não presta um desfavor ao ordenamento jurídico; antes, dota-o de condições de operacionalidade. Entretanto, [...] tal circunstância não inibe as críticas que derivem daquelas características antes declinadas. Assim, <u>a estratificação da capacidade de fato gera situações perplexas, tais como a de dormir incapaz e se acordar capaz; sua abstração, no afã de generalizar, despreza as peculiaridades do caso concreto e acaba, paradoxalmente, gerando a desigualdade</u>.[191]

A capacidade de fato é a imputação jurídica de uma qualidade subjetiva, qual seja, a possibilidade de exercício independente dos atos da vida civil. Baseada, em regra, em critérios estritamente objetivos e prévios[192], talvez não seja realmente apropriada ao escopo de tutela da pessoa que pressupõe estímulo à realização de escolhas existenciais próprias, mediante atenção às particularidades individuais.

---

189 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 132.

190 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 165.

191 EBERLE, Simone. Mais capacidade, menos autonomia: o estatuto da menoridade no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 6, n. 24, p. 24-35, jun./jul. 2004, p. 26, grifo nosso.

192 Seguindo o critério etário adotado pelo Código Civil, há presunção absoluta de incapacidade total quanto aos menores de 16 anos; presunção relativa de incapacidade parcial, quanto aos menores entre 16 e 18 anos; e presunção relativa de capacidade plena, quanto aos maiores de 18 anos.

Diferente disso, o regime das incapacidades, como posto, inviabiliza a seleção pessoal das características de sua própria individualização, ao transferir tal competência para o representante do absolutamente incapaz ou exigir a concordância do assistente do relativamente incapaz. Assim, oprime em vez de promover.

Satisfazer o melhor interesse da criança ou adolescente, da pessoa idosa ou da pessoa com deficiência, requer nada além do que conceder-lhes condições para o exercício de seus direitos fundamentais,[193] em vista de suas peculiaridades pessoais. Isso reforça ainda mais o raciocínio anterior. Afinal, sendo os direitos fundamentais personalíssimos e, por isso, intransmissíveis, não soa razoável que o exercício deles fique a cargo ou sofra influência da vontade de terceiros. Os protagonistas hão de ser os próprios titulares desses direitos, ainda que para tanto careçam de *cooperação* – e não supressão – alheia.

Nesse contexto, os familiares sobressaem. Sendo a família um núcleo de companheirismo e afeto é de se supor ser um meio bastante propício para incentivar a maturidade volitiva dessas pessoas proporcionalmente ao que sua condição permite. A realização de escolhas verdadeiramente autônomas no exercício de seus direitos fundamentais e, por conseguinte, na sua formação pessoal talvez fique, dessa forma, garantida.

A estrutura da capacidade de fato, como emoldurada ainda hoje, mesmo que possa servir, em alguns casos, como recurso para proteção daqueles desprovidos de qualquer discernimento, "pode impedir o exercício da autonomia privada por aquele que, porventura, já tenha condições de exercê-la em determinadas situações, suprimindo a subjetividade e o desenvolvimento da personalidade."[194] E é nesse último caso que se sedia a transgressão do próprio ordenamento jurídico ao considerar, em tom depreciativo certas pessoas como incompletas.

Incompletas todas as pessoas são, cada qual com sua especificidade. Esse fator, no entanto, como não é para os demais, também não pode ser para tais grupos causa prévia de incapacidade. É preciso priorizar o exercício da autonomia, da maneira em que isso for possível para a pessoa concreta, sobretudo em se tratando de direitos fundamentais. Isso deve valer para todos, inclusive e especialmente para crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência. O que se propõe não é o desmerecimento completo do regime jurídico da capacidade de fato. A sugestão é que se preocupe, ao menos, em certificar se, em dada situação fática, não resta realmente a essas pessoas qualquer possibilidade para que elas mesmas decidam questões atinentes à sua subjetividade. Pensa-se que essa pode ser uma genuína forma de garantir a proteção especial a que fazem *jus*.

Quanto à pessoa com deficiência, em especial, é preciso reconhecer já ter havido um esforço legislativo recente que fomenta sua autonomia. A Lei nº. 13.146/2015 busca promover a inclusão da pessoa com deficiência e, para tanto,

---

193 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 6, n.26, p.18-34, out./nov. 2004, p. 25.

194 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 6, n. 26, p. 18-34, out./nov. 2004, p. 72.

promoveu significativas alterações à teoria das incapacidades, revisitou o instituto da curatela e instituiu a tomada de decisão apoiada – institutos que serão objeto de análise no capítulo 15 desta obra.

# 4 *Famílias Possíveis*

## 4.1. Constituição familiar como direito fundamental

Conforme já se teve oportunidade de esclarecer, a compreensão da família contemporânea perpassa pelo reconhecimento de uma nova função primordial, qual seja, servir de recurso para estruturação pessoal, para a livre e plena formação da personalidade de seus componentes. Ganha realce, nesses termos, a proteção dos familiares.

Essa revisão, porém, não se encontra isolada. Ao revés, mostra-se contextualizada na profunda alteração de todo o ordenamento, instaurada pelo atual texto constitucional. O que este veio assentar é uma especial atenção às situações existenciais, que até então eram renegadas a segundo plano, e assim o faz ao escancarar, no seu artigo 1°, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Alicerce da ordem jurídica democrática,[195] pode-se dizer que a dignidade vem a retratar o conteúdo do imperativo categórico kantiano, segundo o qual o homem há que ser considerado como um fim em si mesmo, jamais como meio para obtenção de qualquer outra finalidade.[196] Autorreferencial, o homem requer tutela voltada, exatamente, à sua qualidade humana. Daí falar-se em existencialismo, como forma de destacar o caráter da proteção jurídica. Há que se prezar pelo *ser pessoa*, não se admitindo situações que ocasionem qualquer instrumentalização humana.

Coerente com isso é a grande importância dada aos direitos fundamentais. Arraigados na ideia de dignidade, ainda que em variados graus,[197] os direitos fundamentais representam recursos voltados à tutela do homem como fim em si. Topograficamente dispostos em prioridade[198], representam a principal preocupação do Estado brasileiro e da ordem jurídica nacional. Compreendem um extenso elenco, distribuído, principalmente, nos incisos do artigo 5° da Constituição Federal de 1988.

---

195 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

196 KANT, Emmanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes.* São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os pensadores).

197 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 101-102. No mesmo sentido, justifica Ingo Sarlet: "[...] verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana." (SARLET, Ingo. *Dignidade humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 86-87).

198 Os direitos e as garantias fundamentais ocupam o Título II da Constituição Federal de 1988.

Ainda que vasta, essa relação não tem caráter exaustivo. Conforme o próprio § 2º do artigo 5º prevê,[199] o elenco expresso não impede a verificação de outros direitos fundamentais, extraídos, sobretudo, dos princípios constitucionais. Assim o é exatamente porque a pessoa que os direitos fundamentais pretendem resguardar representa uma unidade. Não se fraciona, portanto, em isoladas, concretas e taxativas *fattispecies*, em prejuízo de outras situações nas quais a tutela também se mostre aconselhada. A pessoa representa um todo de situações abertas, inacabáveis.[200] Imperioso é que a proteção existencial seja, pois, amplamente levada a efeito.

E é nessa perspectiva que se deve entender o conceito atual de família. Da concepção, segundo a qual o homem é fim em si mesmo – estampada no princípio da dignidade humana – decorre a dedicação jurídica às situações existenciais, que aparece, por sua vez, por meio dos direitos fundamentais. A família surge, então, inclusa nessa sistemática, como apto instrumento para a promoção dos direitos fundamentais, também concretizando, portanto, a tutela do existencialismo e da própria dignidade. Ela é um precioso auxílio à efetividade do compromisso constitucional de proteger a pessoa.

“A realização dos direitos fundamentais vistos como atuação do *status personae* configura-se, portanto, como a própria razão da garantia e da tutela das formas familiares.”[201] Defende-se a família enquanto espaço colaborador para o exercício dos direitos fundamentais e, consequentemente, como meio de preservação das situações jurídicas mais íntimas dos seus membros.

Nesse sentido, parece autorizado afirmar que a própria tutela da família adquire *status* de fundamentalidade e quiçá a constituição familiar possa ser considerada como um verdadeiro direito fundamental. Nas palavras de Pietro Perlingieri, “afirma-se, depois de tantas incertezas [...], o direito de qualquer pessoa de ter uma família.”[202]

O raciocínio é simples. Os direitos fundamentais são expediente jurídico a resguardar a preservação das características mais genuínas da qualidade humana das pessoas, dentre as quais se destaca o dinamismo de sua formação. A família, por sua vez, considerada como um dos principais abrigos a conceder condições à satisfação desses direitos mostra-se tão fundamental quanto eles.

E não há que falar que a omissão constitucional sobre esse direito fundamental de constituição familiar impede tal raciocínio. Afinal, consoante ao dito, em face da unidade da pessoa humana, é plenamente autorizada a verificação de outros direitos fundamentais que não estejam manifestos no elenco normativo.

---

199 “Art. 5º. [...] § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

200 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-156.

201 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247-248.

202 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246.

Crê-se que tal direito tenha caráter implícito, aferível na sistemática disposição dos demais direitos expressos e da própria redação do artigo 226 da Carta Magna que, especialmente em seu § 8º, reconhece que a família é protegida como intermediária à defesa dos familiares.

Esse raciocínio guarda importantes consequências. Dentre elas, uma é saliente. Se a constituição familiar é direito fundamental, o é de primeira geração.[203] Trata-se de liberdade individual que, por isso, impõe ao Estado, e ao Direito, uma postura não interventiva, assegurando, por abstenção, "uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um."[204] Ao sujeito há de ser dada a liberdade de escolha entre formar ou não família e, principalmente, de fazê-lo a seu modo. Em princípio, não é cabível qualquer imposição exterior nesses termos, haja vista que representará uma limitação injustificada. Admitir o inverso seria retroceder a período similar, por exemplo, àquele em que o casamento era tido por única forma familiar possível, para a qual quase todos estavam predestinados.

Note-se que isso vem ao encontro do já exposto princípio da pluralidade. Serve a reforçar, mais uma vez, a ideia de que, concebida a estrutura familiar, sua forma ou origem são irrelevantes para garantia de tutela jurídica. Ser família – o que se constata ou pelo negócio jurídico matrimonial ou pela satisfação dos três requisitos elementares: afetividade, estabilidade e ostensibilidade – é suficiente.

A fortalecer toda essa reflexão, vale concluir pelas palavras de Rosana Amara Girardi Fachin:

> [...] é ínsita à existência da pessoa humana o direito fundamental de realizar sua aspiração de ter uma família sem moldura prévia que obste, no todo ou em parte, à realização legítima desse desejo. A questão que agora se põe é a de dar efetividade a esse interesse, elevado à categoria de direito fundamental.[205]

Tornar efetivo o direito fundamental de constituir família requer, dentre outras providências, ao menos partir do pressuposto de que famílias possíveis são todas aquelas que forem eleitas autonomamente pelos envolvidos, sejam, ou não, já conhecidas juridicamente. Lembre-se que, para proteção de tal direito, é dever do sistema jurídico – instrumento estatal – não impedir, em princípio, quaisquer formações familiares. Mesmo na incerteza, há que se tender para o reconhecimento destas. O paradigma há de ser: *in dubio pro familae*.

Elenco nenhum de modelos familiares é esgotável em si mesmo. E é essa a ressalva que já se faz ao iniciar este capítulo. Elencar-se-ão apenas algumas das inúmeras famílias que, mormente, o afeto e a liberdade das pessoas podem formular.

---

203 A respeito, vale conferir: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

204 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 260.

205 FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 68.

## 4.2. Exemplos de entidade familiar

### 4.2.1. Casamento

O casamento por muito tempo reinou como sinônimo único de família. No período histórico moderno, a defesa do patrimônio e de uma moral religiosa determinou que a formação familiar dever-se-ia dar, necessariamente, por meio de uma solenidade constitutiva sob controle jurídico. Enuncia Pontes de Miranda que o casamento "correspondente ao sacramento, [...] instituído pelo direito civil: *statuitur iure civili.*"[206]

Perceba-se que, nesses moldes, ou se casava ou não se constituía família. E ainda quando casados, impunham-se aos envolvidos certas funções que, ainda que não quistas por eles, deveriam ser cumpridas para garantir tanto a concentração de propriedade quanto a preservação dos dogmas católicos – objetivos que sobrepujavam os próprios obrigados. Não havia espaço para escolhas individuais; não a autonomia, mas a heteronomia – condição de pessoa ou grupo que recebe, por elemento externo, a lei a que se deve submeter – é que imperava. O descaso pelos familiares mostrava-se flagrante.

Essa estruturação juridicamente formulada da família era avessa à tentativa de proteger a pessoa e o seu desenvolvimento. Afinal, em sede onde as opções pessoais são vedadas, em prol da manutenção de um modelo imposto de papéis e escopos a serem seguidos, não se pode afirmar que a autorrealização é garantida. Afinal, toda vez que presente estivesse uma opção diversa do padrão imposto, presente também estava, mais que a indiferença a ela, sua censura jurídica.

Alterada e ampliada a concepção de família, a compreensão do casamento requer revisão. Passando a família a ser entendida como uma comunhão de afeto que incentiva e garante a livre e plena formação pessoal dos seus membros, e passando o casamento a ser considerado como apenas uma das espécies familiares, faz-se necessário reformular sua definição. O matrimônio passa a carregar novas qualidades, enquanto família contemporânea.

Reservada à condição de tipo, a família matrimonial não pode destoar dos pilares do gênero. Em princípio, portanto, há de também apresentar os critérios de afeto, estabilidade e ostensibilidade, sob pena de perder a qualidade de espécie. Por outro lado, porém, atentando-se para as suas peculiaridades, isso pode ficar comprometido.

Todas as outras espécies de família – ao menos aquelas até agora catalogadas pela doutrina – exigem do ordenamento jurídico mero reconhecimento, tão logo se apresentem instituídas, de fato. A interferência estatal se dá *ex post* e para simplesmente verificar a existência dos requisitos elementares da família.

O casamento, por sua vez, carece do Direito não para simplesmente ser declarado existente, mas para formar-se. A intervenção jurídica – por intermédio

206 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família:* direito matrimonial. v.1. Campinas: Bookseller, 2001, p. 91.

do procedimento de habilitação e da celebração – deve ocorrer, necessariamente, *ex ante*. Sem ela não há matrimônio.

Além disso, tal intervenção tem cunho estritamente formal e, sendo desatento ao conteúdo, *não* abrange a verificação dos principais elementos caracterizadores da família.[207] Estabilidade e ostensibilidade são características que, porque se pressupõe a família já formada, não se podem atestar previamente, no casamento. O afeto, por sua vez, ainda que seja possível provar, tem sua comprovação dispensada. Os nubentes não precisam certificar que têm amor um pelo outro para que lhes seja permitido casar. Solicitar o procedimento de habilitação e, posteriormente, consentir durante a celebração são atos considerados suficientes. O afeto acaba por poder ser simplesmente suposto.

Não bastasse, a estrita formalidade do matrimônio ainda gera a obrigatoriedade de satisfação de elementos – naturalmente, formais – que não se cogitam em todas as demais entidades familiares. A título de exemplo, vale citar a capacidade civil dos nubentes – ainda que relativa –, bem como a ausência de impedimentos.

Diante de tudo isso, uma curiosa e importante conclusão sobressai-se. A nova diretriz ofertada pela concepção familiar vigente gera também no casamento uma adaptação de substância. Grosso modo, as pessoas casam-se, hoje, muito mais porque querem instituir família com quem amam e não porque simplesmente devem se casar. Contudo, dado que a estruturação matrimonial permanece, exatamente como outrora, resumida à satisfação de aspectos estritamente formais, o casamento preserva, ainda atualmente, sua infeliz potencialidade de sediar encontros e relações desatreladas a qualquer teor afetivo.

### 4.2.2. União estável

A primeira entidade familiar a forçar a atenção jurídica no sentido de reconhecimento e proteção para além do casamento talvez tenha sido a união estável. Há muito tempo ela é socialmente verificada e juridicamente conhecida. De início, porém, o Direito a rechaçava, entendendo-a por concorrencial e periculosa ao matrimônio. Foi preciso um demorado percurso para que ela recebesse melhor aceitação jurídica até ser, definitivamente, contemplada com o *status* de família. Foi em sede constitucional que se instalou a ordem de ser merecedora de tutela jurídica: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (§ 3º, do art. 266 da CF/88).

A união estável é, grosso modo, uma família conjugal desprovida de solenidade constitutiva. Reúne um casal[208] que vive como se casados fossem, de

207 Conforme sublinhado em momento anterior, esse é, precisamente, o motivo pelo qual o matrimônio continua sediando paradoxos. Embora possa ser considerado, hoje, objeto de eleição autônoma e afetiva, seu caráter solene, por excelência, permanece autorizando seja o núcleo familiar estruturado mesmo alheio a qualquer comunhão sentimental dos membros.

208 Embora a seca leitura constitucional (artigo 226, § 3º) leve a crer ser elementar à união estável a diversidade de sexo dos seus componentes, defende-se nesta obra o contrário. Esse estudo, todavia, será desenvolvido no Capítulo 9, durante a análise dos requisitos para

maneira ostensiva e permanente, pela existência de afeto recíproco. É uma situação que se cria naturalmente, isenta de iniciativas jurídico-formais.

A despeito dessa aparente simplicidade e do atual reconhecimento e disciplinamento legal que recebe, a união estável ainda é fonte fértil de dúvidas. E isso basicamente porque é muito semelhante e, na mesma medida, muito diversa do casamento. Assim, o conflito que se instaura é fundado em duas providências jurídicas frequentes: ora se pretende igualá-la à família matrimonial, a partir de aspectos que requerem preservação de sua especificidade; ora se pretende diferenciá-la desta última, quando justificativas sobram para que o tratamento seja igualitário.

Nessa tensão, o estudo da união estável ainda necessita muito cuidado, em vista do que se deixará para fazê-lo, nesta obra, em momento mais adequado. Dirija-se o leitor para o Capítulo 9, exclusivamente dedicado à temática.

### 4.2.3. Família monoparental

Se desmembrado, o termo 'monoparental' dá sentido de parentalidade exclusiva. Se parental é relativo a pai e mãe, *mono*parental é a realidade formada pela isolada relação entre o pai e seus filhos ou entre a mãe e seus filhos.

Usado o termo para qualificar uma espécie de família, induz à compreensão de ser um abrigo onde convivem os descendentes com apenas um daqueles ao qual se ligam pelo vínculo de parentalidade. Nesse sentido é a definição constitucional, sediada no artigo 226, § 4º: "entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

A estrutura pressupõe uma composição restrita a somente um dos dois ascendentes que, desligado de uma relação conjugal, está reunido com seu(s) descendente(s). Trata-se do elo de filiação que, deixando de ser entendido simplesmente por essa conotação, passa a ser também disciplinado como uma verdadeira entidade familiar.

Essa qualidade complementar, por sua vez, advém da percepção de que a convivência dos envolvidos, muito além de uma relação jurídica filial, pode compreender caracteres familiares típicos. Essas pessoas mantêm-se contínua e publicamente reunidas, porque têm afeto umas pelas outras. Constituem, pois, inquestionavelmente, família.

> Aliás, partindo de uma concepção psicanalítica de família, não é difícil destacar que as entidades monoparentais possuem os mesmos sinais característicos de uma família, na medida em que os seus componentes cumprem os seus papéis no grupo tal qual ocorre em um grupamento formado pelo casamento ou pela união estável.[209]

---

configuração da união estável.

209 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 88-89.

Algumas discussões ainda pendem, porém, no que diz respeito à extensão do significado da família monoparental,[210] bem como seus efeitos. Essas, no entanto, não serão neste momento enfrentadas, considerando que tal entidade familiar será mais cuidadosamente tratada no Capítulo 10 desta obra.

Por ora, é suficiente o esclarecimento de que, como tantos outros, o ambiente monoparental pode representar uma família e, nessa medida, consistir numa opção que, eleita pelas pessoas, há de ser respeitada e protegida juridicamente.

### 4.2.4. Família recomposta[211]

Conforme orienta a própria nomenclatura, família recomposta traz em si a ideia de uma situação convivencial novamente formulada, a partir de familiares que já se encontravam reunidos e aos quais se vêm juntar inéditos componentes. Essa adição de pessoas traz consigo a necessidade de reajustar as respectivas disposições subjetivas, sendo este um dos principais marcos dessa entidade familiar e, também, o motivo determinante de sua complexidade.

Embora a ideia de família recomposta admita as mais variadas hipóteses, ordinariamente, ela é resumida pela doutrina àquelas circunstâncias em que o componente agregado à relação familiar preexistente vem a ocupar o lugar de companheiro(a) ou esposo(a) do(a) ascendente. Assim talvez seja porque estes são os casos mais comuns e que produzem maiores questionamentos jurídicos. Nas palavras de Waldyr Grisard Filho, "as relações entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro é o eixo central que define e especializa essa nova forma de organização familiar."[212] Seguindo tal inclinação da doutrina, também aqui o conceito utilizado será um tanto restrito.

Nessa feita, a família recomposta dá-se ou quando a um núcleo monoparental vem agregar-se outrem na posição de cônjuge ou companheiro(a) e, por decorrência, ascendente; ou quando, dessa mesma forma, dois núcleos monoparentais se reúnem. Tal tipo de família apresenta-se, assim, como o resultado do somatório de uma já realidade familiar unilinear[213] a uma nova relação afetiva do ascendente, de conotação sexual, com *animus familiae*.

---

210 A exemplificar, discute-se se ela se resume ao pai ou mãe com seus filhos ou se também abrange a situação de um dos avós com seus netos ou de um dos tios com seus sobrinhos. Da mesma forma, questiona-se sobre a necessidade de os descendentes serem menores ou, ainda, sobre a proteção constitucional abarcar, ou não, todas as origens da monoparentalidade.

211 Também denominada de família pluriparental ou família mosaico.

212 GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações: parentesco e autoridade parental. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2003, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2003, p. 658.

213 Sobre a origem da monoparentalidade, que embasa a família reconstituída, muito bem salienta Maria Goreth Macedo Valadares: "os autores sempre a vinculam ao rompimento anterior de uma relação entre um casal com filhos, posição essa que deve ser ampliada, já que as famílias monoparentais podem surgir de forma voluntária ou não, como ocorre, por exemplo, no caso das adoções por pessoas solteiras ou nas produções independentes." (VALADARES, Maria Goreth Macedo. As famílias reconstituídas. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo

Exemplificando, pode-se ter: (i) a mãe solteira que se casa e leva consigo o filho; (ii) o pai guardião divorciado que constitui união estável com outra pessoa, reunindo-se no mesmo lar o casal, ou par, e o menor sob a guarda paterna; (iii) ou, ainda, a junção dessas duas realidades unilineares, isto é, a mãe solteira e o pai divorciado que se casam ou constituem união estável e reúnem uns aos outros os seus filhos exclusivos.

Diante desse cenário, percebe-se que o maior desafio que a família reconstituída envolve diz respeito à qualificação jurídica – e seus atinentes efeitos – de duas novas relações emergentes: a do(s) filho(s) de um e o outro membro do casal, ou par; e a dos filhos exclusivos entre si.

Apenas duas regras legais parecem se aplicar diretamente à hipótese: a do artigo 1.595 do Código Civil, que define o filho exclusivo e o(a) companheiro(a) ou cônjuge do seu ascendente por familiares afins; e a do artigo 1.636, também do Código Civil, que rigorosamente impõe exclusividade de exercício do poder familiar ao genitor guardião em face de seu(sua) companheiro(a) ou cônjuge.[214]

Conjugadas essas normas, o que se pode dizer certo na família recomposta é que o poder familiar não se estende ao novo membro, o qual passa a ter, juridicamente, apenas uma relação de afinidade com o filho daquele com quem compõe um casal ou par.

Entende-se que essa solução legal se aparenta, em princípio, suficiente e adequada. Isso porque é atenta à dissociação entre estado civil dos pais e relação de filiação.[215] Logo, é coerente que o poder familiar – consequência desta última – não esteja sujeito à variação de titularidade conforme as relações amorosas, mesmo de cunho familiar, que os ascendentes venham a ter. O poder familiar deve ser a tanto imune. Complementarmente, lembre-se que também não faz sentido impor deveres filiais a quem não estabelece, com o beneficiário, vínculo desse teor. Soa temerário fazer derivar compulsoriamente a alguém efeitos dessa natureza quando escolhe constituir família em função de outro tipo de relação, qual seja conjugal ou de companheirismo. Afinal, ainda que a responsabilidade deva ser fruto do exercício da liberdade subjetiva, é preciso guardar proporcionalidade entre os conteúdos.[216] "A lei não pode criar nem impor sentimentos e afetos. Mas a lei pode avalizar comportamentos e responsabilidades livremente assumidas."[217]

---

Horizonte: Del Rey, 2008, p. 148).

214 Interpretando dessa forma o referido dispositivo legal, complementa-se o posicionamento de Fabíola Santos Albuquerque para quem o artigo 1.636 "põe a salvo qualquer intervenção do novo(a) parceiro(a), no que diz respeito ao exercício do poder familiar por aquele que não é o guardião(ã)." (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/02. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2003, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2003, p. 178.

215 ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/02. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2003, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2003, p. 178.

216 VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade:* por uma ordem social não violenta. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982. (Série Monografias, n..3), p. 32.

217 GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações:

Não há empecilho à constituição do elo paterno ou materno-filial em face do(a) novo(a) companheiro(a) ou cônjuge do ascendente: "[...] a afinidade pode gerar afetividade"[218] e a "afetividade gera parentesco."[219]

A convivência entre o filho exclusivo de um e o outro membro do casal, ou par, pode criar um vínculo afetivo correspondente à posse de estado de filho, o qual será hábil a instituir a relação jurídica filial, caso exista uma vontade inequívoca deste último sujeito de ver-se declarado pai ou mãe do primeiro. Nesse caso, o companheiro, marido, ou a companheira, esposa do pai ou mãe tornar-se-á pai ou mãe socioafetivo, adquirindo, a partir de então, uma série de direitos e deveres jurídicos que a mera afinidade não gerava. Dentre outros, alimentos, direitos sucessórios e o próprio poder familiar passam a ser consequências defensáveis.

Nesse contexto, vale citar a Lei n.º 11.924, promulgada em 17 de abril de 2009, apelidada de "Lei Clodovil" em função de sua autoria. De acordo com essa nova normativa instaurada – que veio alterar a redação do artigo 67 da Lei n.º 6.015/77 –, fica o descendente exclusivo do cônjuge ou companheiro(a) autorizado a acrescentar aos seus o sobrenome do padrasto ou madrasta, desde que este(a) expressamente consinta. Noutras palavras, passa a ser permitido ao enteado e à enteada, caso queiram e tenham a concordância do padrasto ou madrasta, somar, em seu registro de nascimento, o sobrenome deste último. Em 2022, a redação do §8º, do art. 57, da Lei nº 6.015/73, foi alterada pela Lei nº 14.382/22, para permitir ao enteado ou a enteada requerer, extrajudicialmente, ao oficial de registro civil (e não mais ao juiz competente) que, nos registros de nascimento e de casamento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus sobrenomes de família.

A normativa não parece muito esclarecedora e pode tornar, na prática, ainda mais complexa a situação jurídica dos componentes da família recomposta, dispostos, *a priori,* apenas em posição de afinidade. Como redigido, o dispositivo não define, com clareza, o significado jurídico deste aditamento. A dúvida que a permissão legal instala é a seguinte: uma vez acrescido o patronímico do cônjuge ou companheiro(a) do pai ou da mãe, cria-se entre os envolvidos vínculo filial? Passa a madrasta ou o padrasto a ser mãe ou pai do filho, até então, exclusivo, do outro membro do casal, ou par?

Afinal, conforme dito anteriormente, o vínculo familiar afim não é suficiente para criar filiação e fazer derivar os efeitos próprios desta. O elo paterno ou materno-filial pode até surgir em função da convivência afetiva que a família recomposta é capaz de propiciar a seus membros. Nesse caso, porém, há que satisfazer os

---

parentesco e autoridade parental. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2003, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2003, p. 669.

218 VALADARES, Maria Goreth Macedo. As famílias reconstituídas. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008, p. 162.

219 MAIA, Renato. Da solidariedade nas relações de parentesco na colateralidade nas famílias recompostas. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6., 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais. Acesso em: 10 maio 2009, p. 13.

requisitos inerentes ao critério socioafetivo de filiação, os quais devem ser apurados caso a caso.

Destaque-se, por fim, que, por meio dos Provimentos nº63 e nº83, o Conselho Nacional de Justiça autorizou e regulamentou o reconhecimento voluntário da maternidade e da paternidade socioafetivas, a ocorrer diretamente perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais. Desde 2017, então, é permitido constituir este vínculo filial, extrajudicialmente, por meio das Serventias Extrajudiciais de Registro Civil de Pessoas Naturais.

### 4.2.5. Família homoafetiva

As relações homoafetivas, assim entendidas aquelas estabelecidas entre pessoas de mesmo sexo, embora não compreendam novidade social, sempre foram objeto de frequentes inquietações jurídicas. Na diversidade dos questionamentos que se fazem, um deles preponderava, porque justificador da possibilidade, ou da impossibilidade, de imputação de certos efeitos jurídicos aos pares. A dúvida é a seguinte: as relações homoafetivas configuram entidade familiar?

A resposta extrai-se de um raciocínio simplesmente dedutivo. Sendo a entidade familiar uma realidade sediada por pessoas que mantêm entre si afeto e, por isso, apresentam-se reunidas de forma estável e ostensiva, para que a relação homoafetiva seja família basta que ela assim se mostre. Mostrando-se, não é cabível qualquer resistência ou ressalva: trata-se de uma família.[220]

A despeito de ela não vir elencada na Constituição Federal de 1988, nem receber tratamento infraconstitucional pormenorizado, parece pacífico que o rol constitucional é meramente exemplificativo[221] e que as normas constitucionais – especialmente as que tratam dos direitos fundamentais, dentre os quais o de constituir família – têm aplicação imediata.[222] Logo, não se pode dizer que falte à realidade homoafetiva algo que comprometa sua caracterização familiar.

É preciso não esquecer, da mesma forma, do princípio da pluralidade familiar. Todas as pessoas têm a faculdade de formar família e de estruturá-la, pelo exercício de sua autonomia, conforme lhes aprouver. Permita-se insistir que, se o objetivo é a autorrealização, as definições restritivas externas não procedem. Imprescindível é reconhecer, definitivamente, que os requisitos familiares são neutros: o afeto e o compromisso intersubjetivo que ele pode fomentar não têm gênero. Em função disso, a identidade sexual – no que se inclui a orientação – é

---

220 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 622; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil,* volume 6: direito de família. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.; LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

221 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 309-324.

222 É o próprio texto da Carta Magna de 1988 que assim anuncia: "Art. 5º. § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

irrelevante no reconhecimento de uma família. O fato de se ter um par, em vez de um casal, não é empecilho para a qualidade familiar de uma convivência.

Uma vez considerada por família a relação homoafetiva, esta será fonte geradora de efeitos jurídicos, obviamente, de natureza familiar. Assim, conjugará algumas consequências comuns às demais entidades familiares – dados os aspectos que a todas coincidem – sem prejuízo de outras que eventualmente necessitem ser peculiares, em atenção às especificidades que tal situação apresenta. Afinal, postura discriminatória existe tanto ao se diferenciar o que é equiparável, quanto ao se equiparar o que requer diferenciação. *A priori,* as regras jurídicas gerais servem a disciplinar também os efeitos da família homoafetiva, mas podem carecer adaptação para respeito às particularidades desta. O parâmetro, de qualquer maneira, há de ser sempre o seguinte: "a orientação sexual de alguém não lhe retira direitos conferidos pelo garantismo constitucional."[223]

Em conclusão, desde que capaz de cumprir com os pressupostos respectivos, a relação homoafetiva pode corresponder a uma família. Assim sendo, seus componentes tornar-se-ão titulares dos direitos e dos deveres a tanto relacionados, de forma similar às demais famílias, e, eventualmente, de forma singular à especial realidade que condiz, quando isso parecer relevante.

Há uma década, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito da natureza familiar da realidade homoafetiva. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277-DF[224], julgada aos 05 de maio de 2011, o Plenário da Suprema Corte, por unanimidade, reconheceu que a reunião de pessoas do mesmo sexo, entre si, quando acompanhada dos requisitos próprios da família, deve ser assim qualificada. Dentre os principais argumentos invocados a sustentar tal posição, encontram-se o direito fundamental à constituição familiar, a proibição à discriminação das pessoas em função do sexo e o direito à busca da felicidade. Instalou-se, de todo modo, porém, controvérsia relativa à tipificação desta realidade familiar. Divergindo dos demais, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluzo entenderam pela impossibilidade de nominar a família dos pares homoafetivos de união estável. Segundo eles, trata-se de situação jurídica diversa e, por isso, diante da lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro a respeito da família homoafetiva, deve-se fazer uso da analogia e aplicar a essa entidade familiar as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais.

Nos capítulos atinentes ao casamento e à união estável (6 e 9, respectivamente), serão discutidas as bases pelas quais, hoje, finalmente, entende-se ser possível que pessoas do mesmo sexo também optem por essas modalidades de constituição familiar, sendo merecedoras do mesmo respeito e podendo gozar dos mesmos direitos delas decorrentes.

---

223 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.

224 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132-RJ foi recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade e julgada em conjunto com a ADI n.º 4.277-DF.

### 4.2.6 Família simultânea

O que aqui se denomina de família simultânea é a realidade comumente conhecida por concubinato adulterino. Trata-se de uma relação afetivo-sexual mantida concomitante a outra situação familiar, cuja principal característica é, então, a existência de um componente pertencente a ambas. De maneira resumida, é uma "pluralidade sincrônica de núcleos diversos que possuem, entretanto, um membro em comum."[225]

A matéria é recheada de conturbações sendo, muitas vezes, motivo até de reações perplexas. Tudo isso porque a discussão remonta a um dos parâmetros sociais de maior carga dogmática, qual seja, o ideal da monogamia.

Uma vez tido como modelo de comportamento indiscutível e de adoção imperiosa, esse ideal gerou alguns reflexos jurídicos há muito tempo verificáveis, a exemplo do dever de fidelidade e do impedimento matrimonial daquele que já está casado. Nessa mesma sequência, ainda hoje esse propósito de juridicamente singularizar as relações conjugais e, mais recentemente, também as de companheirismo, permanece. A despeito de a realidade fática demonstrar organizações voluntariamente avessas a esse padrão, que requerem um tratamento jurídico mais cuidadoso, continua atual a tendência dos juristas – doutrina[226] e jurisprudência[227] – em advogar a repressão a situações que fogem ao ideal de monogamia.

---

225 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2005, p. 193.

226 Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald têm reconhecido a necessidade de se discutir sobre o tema e, com base na boa-fé, sugerem ser "necessária uma reflexão mais cuidadosa, para que não se negue o conceito de família por formalismos legais." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 489); Paulo Lôbo, cautelosamente, defende a tutela obrigacional sem negar, contudo, a excepcional possibilidade de as normas de direito de famílias incidirem sobre as relações simultâneas. (LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.); Rolf Madaleno, que tem a monogamia como princípio, advoga a aplicação do direito obrigacional, embora reconheça a existência de posições contrárias. (MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 95, *E-book*.).

227 COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 590779/ES. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 10/02/2009. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 mar. 2009).
RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE ARROLAMENTO E PARTILHA DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTE A CASAMENTO SEM SEPARAÇÃO DE FATO. 1. À luz do disposto no § 1º do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. Nesse viés, apesar de a dicção da referida norma também fazer referência à separação judicial, é a separação de fato

Excluindo-se desse ambiente, o pensamento que aqui se adota – como já exposto no item 3.5 – é o de que a monogamia não é um princípio jurídico. E não o sendo, inexiste um dever com tal conteúdo a ser extrinsecamente imposto. O sistema jurídico, e seus hermeneutas, precisam, definitivamente, reconhecer os limites de sua intervenção. É imaturo manter a crença de que se pode normatizar todo aspecto social que se julgar necessário, principalmente em matéria familiar. Conforme o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Brito:

> [...] ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração é 'terra que ninguém nunca pisou'. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante o qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censora ou por qualquer modo embaraçante.[228]

O comportamento monogâmico somente vinculará caso seja intersubjetivamente eleito. Nessa hipótese – e tão somente nela – o Direito passa a poder atuar acerca desse aspecto, sendo-lhe admitido eventualmente negar a geração de efeitos à realidade a tanto ofensiva. Não sendo esta a circunstância fática, a simultaneidade conjugal ou de companheirismo, que atenda aos requisitos familiares próprios, imporá o reconhecimento das duas (ou mais) famílias e a garantia de direitos a todos os seus integrantes. Conforme alerta Álvaro Ricardo de Souza Cruz, "a grande novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito é justamente a noção de pluralismo, o qual tem por pressuposto a admissão, de respeito e proteção a projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão

---

(que, normalmente, precede a separação de direito e continua após tal ato formal) que viabiliza a caracterização da união estável de pessoa casada. 2. Consequentemente, mantida a vida em comum entre os cônjuges (ou seja, inexistindo separação de fato), não se poderá reconhecer a união estável de pessoa casada. Nesse contexto normativo, a jurisprudência do STJ não admite o reconhecimento de uniões estáveis paralelas ou de união estável concomitante a casamento em que não configurada separação de fato. 3. No caso dos autos, procedendo-se à revaloração do quadro fático delineado no acórdão estadual, verifica-se que: (a) a autora e o réu (de cujus) mantiveram relacionamento amoroso por 17 anos; (b) o demandado era casado quando iniciou tal convívio, não tendo se separado de fato de sua esposa; e (c) a falta de ciência da autora sobre a preexistência do casamento (e a manutenção da convivência conjugal) não foi devidamente demonstrada na espécie, havendo indícios robustos em sentido contrário. 4. Desse modo, não se revela possível reconhecer a união estável alegada pela autora, uma vez que não foi atendido o requisito objetivo para sua configuração, consistente na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. 5. Uma vez não demonstrada a boa-fé da concubina de forma irrefutável, não se revela cabida (nem oportuna) a discussão sobre a aplicação analógica da norma do casamento putativo à espécie. 6. Recursos especiais do espólio e da viúva providos para julgar improcedente a pretensão deduzida pela autora. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1754008/RJ*, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 01/03/2019).

228 Fragmento do voto do ex-Ministro Carlos Ayres Brito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 397.762-8/ BA. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 03/06/2008. *Diário da Justiça*, Brasília, 12 set. 2008).

pela maioria da sociedade."[229] Embora minoritário, tal posicionamento já pode ser encontrado em alguns julgados[230]:

> APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. RECONHECIMENTO. PARTILHA. "TRIAÇÃO". ALIMENTOS PARA EX-COMPANHEIRA E PARA O FILHO COMUM. Viável reconhecer união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que restou cabalmente demonstrada a existência de união estável entre as partes, consubstanciada em contrato particular assinado pelos companheiros e por 03 testemunhas; e ratificada pela existência de filho comum, por inúmeras fotografias do casal junto ao longo dos anos, por bilhetes e mensagens trocadas, por existência de patrimônio e conta-bancária conjunta, tudo a demonstrar relação pública, contínua e duradoura, com claro e inequívoco intento de constituir família e vida em comum. Reconhecimento de união dúplice que impõe partilha de bens na forma de "triação", em sede de liquidação de sentença, com a participação obrigatória da esposa formal. Precedentes jurisprudenciais. Ex-companheira que está afastada há muitos anos do mercado de trabalho, e que tem evidente dependência econômica, inclusive com reconhecimento expresso disso no contrato particular de união estável firmado entre as partes. De rigor a fixação de alimentos em prol dela. Adequado o valor fixado a título de alimentos em prol do filho comum, porquanto não comprovada a alegada impossibilidade econômica do alimentante, que inclusive apresenta evidentes sinais exteriores de riqueza. APELO DO RÉU DESPROVIDO. APELO DA AUTORA PROVIDO. EM MONOCRÁTICA.[231]
> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO INSTITUTO ENTRE 1961 E 2006. CABIMENTO. CONCOMITÂNCIA COM O CASAMENTO QUE NÃO AFASTA A PRETENSÃO NO CASO. SENTENÇA REFORMADA. I. Caso dos autos em que presente prova categórica de que o relacionamento mantido entre a requerente e o falecido

---

229 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 96.

230 Em sentido oposto: APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. IMPOSSIBILIDADE DE UNIÃO AFETIVA PARALELA. ADOÇÃO DO ARQUÉTIPO MONOGÂMICO. CONFORMIDADE COM ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE. PRECEDENTES. APELO DESPROVIDO. 1. Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro reconhecer a família monoparental, matrimonial, homoafetiva e as uniões estáveis, não significa ter chancelado o reconhecimento concomitante de núcleos familiares distintos (CR/88, art. 236, §3º e CC/02, art. 1.723). 2. A dignidade não é um conceito próprio de cada um, mas, sim, um conceito social, daquilo que a sociedade considera digno ou não. É de evidência solar que a sociedade não considera digno quem participa de união paralela a um casamento ou a uma união estável. Portanto, a natureza monogâmica das relações de casamento e de união estável também tem apoio no artigo 1º, III da Constituição Federal, pelo qual é fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (Código Civil Comentado, Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 1.940/1942). 3. O egrégio Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Tal entendimento é igualmente compartilhado por esta Turma Cível. 4. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *Acórdão 1073795, 20160111202918APC,* Relator: Luís Gustavo B. De Oliveira, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 7/2/2018, publicado no DJE: 15/2/2018, p. 502/506).

231 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível Nº 70039284542*, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 23/12/2010.

entre 1961 e a dezembro de 2005 – lapso posterior já reconhecido em sentença até o seu falecimento, à vista da separação fática do cônjuge – se dava nos moldes do artigo 1.723 do Código Civil, mas também a higidez do vínculo matrimonial do de cujus até tal data. Caso provada a existência de relação extraconjugal duradoura, pública e com a intenção de constituir família, ainda que concomitante ao casamento e sem a separação de fato configurada, deve ser, sim, reconhecida como união estável, mas desde que o cônjuge não faltoso com os deveres do casamento tenha efetiva ciência da existência dessa outra relação fora dele, o que aqui está devidamente demonstrado. Ora, se a esposa concorda em compartilhar o marido em vida, também deve aceitar a divisão de seu patrimônio após a morte, se fazendo necessária a preservação do interesse de ambas as células familiares constituídas. Em havendo transparência entre todos os envolvidos na relação simultânea, os impedimentos impostos nos artigos 1.521, inciso VI, e artigo 1.727, ambos do Código Civil, caracterizariam uma demasiada intervenção estatal, devendo ser observada sua vontade em viver naquela situação familiar. Formalismo legal que não pode prevalecer sobre situação fática há anos consolidada. Sentimentos não estão sujeitos a regras, tampouco a preconceitos, de modo que, ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, indispensável que o julgador decida com observância à dignidade da pessoa humana, solidariedade, busca pela felicidade, liberdade e igualdade. Deixando de lado julgamentos morais, certo é que casos como o presente são mais comuns do que pensamos e merecem ser objeto de proteção jurídica, até mesmo porque o preconceito não impede sua ocorrência, muito menos a imposição do "castigo" da marginalização vai fazê-lo. Princípio da monogamia e dever de lealdade estabelecidos que devem ser revistos diante da evolução histórica do conceito de família, acompanhando os avanços sociais. II. Reconhecida a união estável e o casamento simultâneos, como no presente, a jurisprudência da Corte tem entendido necessário dividir o patrimônio adquirido no período da concomitância em três partes, o que se convencionou chamar de "triação". Não se pode deixar de referir que o caso se centrou mais no reconhecimento da união estável, de modo que inviável afirmar aqui e agora, com segurança, quais são exatamente os bens amealhados no vasto período. Ao juízo de família, na ação proposta, compete apenas reconhecer ou não a existência da afirmada relação estável da demandante com o de cujus e a repercussão patrimonial a que essa faz jus, sendo que a extensão dos efeitos patrimoniais que são próprios à condição de companheira deverá ser buscada no respectivo processo de inventário, atuado sob o n. 100/1.12.0000096-9, e que ainda tramita. Apelação parcialmente provida.[232]

Esse raciocínio que ora se traça é similar ao formulado por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e com ele se encontra no momento da conclusão. O autor argumenta que essa simultaneidade familiar apenas será merecedora de atribuição de efeitos se for reputada leal. É preciso que os envolvidos tenham observado o princípio da boa-fé objetiva, o qual facilmente se explica pela análise da ostensibilidade – critério de identificação familiar. Se para existir família é preciso que a relação seja publicamente verificada, entre os deveres que a boa-fé objetiva pode gerar, na situação de concomitância conjugal ou de companheirismo, encontra-se o de não

232 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível, Nº 70081683963*, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Dalto e Cezar, Julgado em: 12-11-2020.

camuflar a nova relação. Ao revés, é preciso torná-la conhecida pelo núcleo original, a fim de evitar que seus integrantes incorram em erro. Nas suas próprias palavras:

> O atendimento do dever de transparência pode permitir que uma das conjugalidades seja rompida quando se toma conhecimento do relacionamento simultâneo, evitando-se, por tal modo, que se mantenha uma vida em comum fundada no engano, o que, por certo, se coloca como aviltante à dignidade da pessoa humana. De outro lado, se a ostensibilidade é plena, estendendo-se a todos os componentes de ambas as entidades familiares – sobretudo os que mantêm relação de conjugalidade com o componente comum – e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, sem o rompimento dos vínculos de coexistência afetiva, pode ser viável concluir [...] que a simultaneidade não seria desleal, não havendo violação de deveres de respeito à confiança do outro e, sobretudo, de proteção da dignidade dos componentes de ambas as famílias. A simultaneidade atenderia, assim, em tese, às pretensões de felicidade coexistencial de todos os componentes das famílias em tela.[233]

Em suma, cumpridos os pressupostos familiares próprios – afetividade, estabilidade e ostensibilidade – a transparência do segundo núcleo convivencial formado serve para satisfazer a lealdade, porque permite ao membro do primeiro avaliar se elegeu, ou não, para si, a monogamia como parâmetro comportamental. Se elegeu, fatalmente desfará o vínculo familiar em face da ofensa. Mas se assim não fizer, isso talvez signifique que a exclusividade conjugal ou de companheirismo não os vincule. O Direito, nesse último caso, não pode negar reconhecimento e concessão de efeitos jurídicos a ambas as entidades familiares.[234]

Um pouco mais ousado, porém, é o posicionamento de Marina Alice de Souza Santos[235], que, discordando de Ruzyk, defende o reconhecimento e produção de efeitos do núcleo familiar paralelamente constituído, ainda que o membro não comum do primeiro núcleo não tenha conhecimento do segundo, pois a não proteção desta segunda família apenas pelo fato de que o membro do segundo núcleo tenha conhecimento do primeiro evidenciaria "uma proteção 'retrógrada' do núcleo familiar, maquiada pela suposta proteção da dignidade do membro do primeiro núcleo."[236] Completando esse raciocínio, a autora ainda afirma:

> Por tudo isso, conclui-se que estabelecer a boa-fé, seja subjetiva ou objetiva, como parâmetro para reconhecimento e possibilidade de eficácia para as famílias

---

233 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas:* da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 193-194.

234 Ainda sobre esse tema, vale recorrer ao Capítulo 9 desta obra, no qual se volta a enfrentar o problema da monogamia, inserido na configuração da união estável.

235 Recomenda-se a leitura da tese de doutorado de autoria de Marina Alice de Souza Santos: *Famílias simultâneas no direito brasileiro:* a boa-fé no reconhecimento e na partilha de bens. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SantosMAS_2.pdf. Acesso em: 19 nov. 2021.

236 SANTOS, Marina Alice de Souza. *Famílias simultâneas no direito brasileiro:* a boa-fé no reconhecimento e na partilha de bens. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018. p. 118. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SantosMAS_2.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

simultâneas não passa de subterfúgio para privilegiar a família matrimonializada e determinar que as demais sejam constituídas ao seu espelho, bem como reafirmar a monogamia como norma jurídica. (...) Uma vez que as relações de conjugalidade são baseadas numa vinculação afetiva e, portanto, advindas do afeto – elemento anímico, nascido espontaneamente, sem parâmetros racionais de verificação –, determinar que a constituição e reconhecimento jurídico desse tipo especial de relação jurídica devam passar por uma análise de racionalidade de seus personagens – ou seja, o conhecimento ou não de outra vinculação de mesma natureza – contradiz a própria origem afetiva da relação.[237]

Postas todas essas considerações, ficam inquestionáveis a relevância e a necessidade de se estabelecerem diálogos sobre o tema. A constituição de relações concomitantes é fato, que, independentemente de ser desejado e conhecido por todos os envolvidos, bastando ser iniciado pelo membro comum aos núcleos relacionais, clama por atenção jurídica, dados os inegáveis efeitos que podem advir dessas relações. Uma vez apurados os elementos configuradores de uma entidade familiar nas relações paralelas, negar reconhecimento a qualquer uma delas significaria desmerecer as histórias construídas com base no afeto que justificou sua constituição e manutenção. Seria, mais uma vez, a elevação do valor monogamia à condição de princípio, o que não parece ser a mais adequada solução interpretativa.

No entanto, destoando do raciocínio desenvolvido nesta obra, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, sob a sistemática de Repercussão Geral (Tema 526), no Recurso Extraordinário 883.168/SC, considerou incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento da existência concomitante de um casamento e de uma união estável ou, igualmente, de duas uniões estáveis:

Direito Previdenciário e Constitucional. Recurso extraordinário. Sistemática da repercussão geral. Tema nº 526. Pensão por morte. Rateio entre a concubina e a viúva. Convivência simultânea. Concubinato e Casamento. Impossibilidade. Recurso extraordinário provido. 1. Assentou-se no acórdão recorrido que, comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a concubina à quota parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa. Tal orientação, contudo, contraria a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do processo paradigma do Tema nº 529 sob a sistemática da repercussão geral, in verbis: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro". 2. Antes do advento da Constituição de 1988, havia o emprego indistinto da expressão concubinato para qualquer relação não estabelecida sob as formalidades da lei, daí porque se falava em concubinato puro (hoje união estável) e concubinato impuro (relações duradoras com impedimento ao casamento). Erigida a união estável, pelo

237 SANTOS, Marina Alice de Souza. *Famílias simultâneas no direito brasileiro:* a boa-fé no reconhecimento e na partilha de bens. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018. p. 119-120. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SantosMAS_2.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

> texto constitucional (art. 226, § 3º, da CF), ao status de entidade familiar e tendo o Código Civil traçado sua distinção em face do concubinato (art. 1.723, § 1º, c/c art. 1.521, VI e art. 1.727 do CC), os termos passaram a disciplinar situações diversas, o que não pode ser desconsiderado pelo intérprete da Constituição. 3. O art. 1.521 do Código Civil – que trata dos impedimentos para casar –, por força da legislação (art. 1.723, § 1º), também se aplica à união estável, sob claro reconhecimento de que a ela, como entidade familiar, também se assegura proteção à unicidade do vínculo. A espécie de vínculo que se interpõe a outro juridicamente estabelecido (seja casamento ou união estável) a legislação nomina concubinato (art. 1.727 do CC). Assim, a pessoa casada não pode ter reconhecida uma união estável concomitante, por força do art. 1.723, § 1º, c/c o art. 1.521, VI, do Código Civil. 4. Considerando que não é possível reconhecer, nos termos da lei civil (art. 1.723, § 1º, c/c art. 1.521, VI e art. 1.727 do Código Civil Brasileiro), a concomitância de casamento e união estável (salvo na hipótese do § 1º, art. 1.723, do CC/02), impende concluir que o concubinato – união entre pessoas impedidas de casar – não gera efeitos previdenciários. 5. A exegese constitucional mais consentânea ao telos implícito no microssistema jurídico que rege a família, entendida como base da sociedade (art. 226, caput, da CF), orienta-se pelos princípios da exclusividade e da boa-fé, bem como pelos deveres de lealdade e fidelidade que visam a assegurar maior estabilidade e segurança às relações familiares. 5. Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: "É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável". 6. Recurso extraordinário a que se dá provimento.[238]

Está-se, pois, diante de um delicado tema, cuja reflexão não deixa de ser necessária, apesar dos contornos que vêm sendo impostos pela jurisprudência.

### 4.2.7 Família poliafetiva

Se o estabelecimento de núcleos familiares paralelos provoca inquietações nas esferas jurídica, moral e religiosa, o que dizer da reunião, em um só núcleo familiar, de três ou mais pessoas que, de forma livre, declaram-se afetivamente envolvidas?

Não se trata aqui de uma hipótese aventada apenas pelo amor ao debate, como escrevem alguns profissionais em suas petições, mas de histórias que têm acontecido e ganhado repercussão dada a ruptura com o tradicional modelo cristão de constituição familiar.

A exemplificar, tem-se a história de Gabi, Júlia e Joe, resumida em texto e imagens no perfil "Nosso Amor Existe"[239] da rede social Instagram, dedicado à

---

238 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 883168*, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-200 DIVULG 06-10-2021 PUBLIC 07-10-2021)

239 NOSSO AMOR EXISTE. Nosso amor existe oficial. Site de notícias e mídia. *Visibilidade e cultura LGBTQ*. João Pessoa, Brasil. Instagram: @nossoamorexiste. Disponível em: https://

visibilidade e cultura LGBTQIA+. De acordo com o relato, Gabi e Joe estavam juntos havia oito anos e há seis são poliamoristas. Gabi conheceu Júlia em um aplicativo de relacionamentos e, depois de um tempo, os três já estavam morando juntos. A família não se resume a eles, pois Gabi e Joe têm um filho e, quando da publicação do relato, em 13 de julho de 2020, Júlia esperava uma filha. De acordo com o depoimento, Gabi, Júlia e Joe ainda pretendem adotar mais um filho e sentem que a única diferença da família deles em relação às demais é o fato de que os filhos deles "têm duas mães e vários avôs e avós."[240]

Dado o exemplo, é inquestionável a necessidade de reflexão sobre o tema. Sobre a dificuldade de aceitação social dos arranjos familiares que fogem do modelo tido por tradicional heteronormativo, Maria Berenice Dias correlaciona a repulsa social a esse formato de família ao silêncio do legislador, o que pode "condenar à invisibilidade formas de amor que se afastam do modelo monogâmico."[241]

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald lecionam que:

> Ora, as partes envolvidas estabelecem uma relação de afetividade, com absoluta integração fisiopsicológica permanente. Constrói-se um projeto de relacionamento, não se restringindo a um aspecto puramente sexual. Dessa maneira, há de se reconhecer uma possibilidade de caracterização de uma entidade familiar nesse caso, com a incidência do regramento da união estável. Negar proteção jurídica às relações poliamoristas reduzirá a dignidade dos envolvidos, fragilizando a relação estabelecida e afronta a autonomia das pessoas. Até porque ao sistema jurídico não compete criar o conceito de família, mas, em verdade, proteger as entidades familiares constituídas pelas pessoas humanas.[242]

Apesar de haver quem defenda o reconhecimento da relação como entidade familiar, o vínculo poliamorista ainda não tem a chancela legal e, em 2018, o plenário do CNJ decidiu que as serventias extrajudiciais não poderiam lavrar escritura pública de uniões poliafetivas. A decisão foi provocada por pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões[243], após duas serventias extrajudiciais do estado de São Paulo terem lavrado escrituras públicas de uniões poliamoristas.

---

instagram.com/nossoamorexiste?igshid=19f1h4lcip9es. Acesso em: 15 fev. 2021.

240 Além dessa história, o perfil "Nosso Amor Existe" do Instagram abriu espaço para outros casais (ou "trisais") homoafetivos e homotransafetivos contarem suas experiências. A história contada acima está disponível em: https://www.instagram.com/p/CCllxM1J4Az/?igshid=1d4e1vgp4m2yt. Acesso em: 15 fev. 2021.

241 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 448.

242 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 493, grifo dos autores.

243 Pedido de Providências (PP 0001459-08.2016.2.00.0000).

Entretanto, não há óbice a que os componentes da relação a formalizem por meio de instrumento particular, como apontam Conrado Paulino da Rosa[244] e Maria Berenice Dias[245].

Por fim, independentemente de contrariarem o modelo convencional de constituição familiar, as uniões poliafetivas ganham relevância e guardam estreita relação com o princípio da pluralidade de entidades familiares, desenvolvido no tópico 3.4 da presente obra. Repetindo o que já fora ali assentado: "família é família desde que, satisfeitos os respectivos requisitos, concorra para a tutela da pessoa humana, não importando nem sua forma nem sua origem. O que precedeu à reunião das pessoas, e a estruturação sob a qual se apresentam é desprezível", sendo inadmissível deslegitimar uma nova formação familiar apenas pelo número de pessoas que a constitui.

Por consequência, torna-se tarefa legislativa e interpretativa cuidar dos efeitos que dela advêm.

### 4.2.8 Família anaparental

Segundo Sérgio Rezende de Barros, autor da expressão, família anaparental é aquela constituída sem a presença de alguém que ocupe a posição de ascendente[246]– *ana* equivale a carência, *parental*, relativo a pais. Em princípio, pois, essa definição sugere que tal família se constitui por pessoas ligadas pelo vínculo de parentesco, mas cuja reunião num mesmo ambiente afetivo não ocorre por intermédio da presença de um comum ascendente. Uma típica hipótese seria a coabitação convivencial de irmãos.

Maria Berenice Dias, por sua vez, dá significação mais ampliada à expressão família anaparental. Seu entendimento é que o característico dessa entidade familiar é a ausência de relação vertical, a qual, embora própria do vínculo de ascendência-descendência, a ele não se resume. Assim, segundo ela, essa família compreende "a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito."[247] Por esse raciocínio, também seria família anaparental o caso de duas amigas idosas que optaram por compartilhar suas vidas até a morte.[248]

Nesse sentido, é emergente mais uma especificidade dessa família em relação aos outros tipos conhecidos. O propósito comum aos membros, razão de

---

244 ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 223.

245 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 449.

246 BARROS, Sérgio Rezende de. *Direitos humanos e direito de família*. Disponível em: http://www.srbarros. com.br/artigos.php?TextID=85. Acesso em: 20 fev. 2009.

247 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 450.

248 O exemplo é trazido por SÁ, Hugo Ribeiro. Família anaparental: uma realidade ou ficção jurídica? *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, Salvador, jan. 2008. Disponível em: http://www.facs.br/revistajuridica/ edicao_janeiro2008/discente/dis4.doc. Acesso em: 20 ago. 2008.

sua reunião, não tem qualquer conotação sexual; eles não formam, entre si, casal ou par. A decisão de unirem-se escapa do propósito de realização pessoal dessa ordem. Se essa fosse presente, fatalmente se estaria diante não de uma família anaparental, mas sim de uma união estável.

Além de tudo isso, por óbvio, para constituir-se por entidade familiar, a realidade anaparental necessita cumprir os requisitos gerais. Imperioso é que as pessoas estejam juntas porque mantêm entre si laços de afeto e, sobretudo, que o façam com pretensões de estabilidade, da qual naturalmente decorrerá a ostensibilidade. Não há família anaparental – como qualquer família – caso se trate de uma formação circunstancial ou previsivelmente temporária, como uma república de estudantes universitários, por exemplo. Por mais que se possa vislumbrar, nesse caso, a afetividade, não há *animus familiae* por faltar a pretensão de permanência. Afinal, em regra, é previsto que, com o fim da graduação, a dissociação se dará. Por consequência, nem mesmo a ostensibilidade é satisfeita, haja vista que publicamente não serão reconhecidos por familiares.

A principal importância da configuração da família anaparental atine à criação de efeitos próprios que não se poderiam gerar caso fosse tal realidade resumidamente compreendida como mera convivência pessoal. Enquanto entidade familiar, talvez passe a ser defensável o rateio do patrimônio havido por esforço comum, bem como, até a alimentos e direitos sucessórios.

Eventual direito à meação – caso se concluísse pela sua plausibilidade – incidiria sobre as aquisições onerosas obtidas ao longo da duração familiar; *mutatis mutandis,*[249] equivaleria à aplicação da ideia central de comunhão parcial de bens. Todavia, dada a inexistência de norma expressa a respeito, parece mais adequado reconhecer a necessidade de que o interessado ateste sua colaboração, direta ou indireta, na formação patrimonial, de natureza onerosa. Em outras palavras, na ausência de previsão legal, é temerário aplicar a presunção de mútuo esforço aquisitivo, fazendo-se, então, necessária a devida comprovação.

No que diz respeito aos direitos a alimentos e sucessórios, a situação apresenta-se um pouco mais complexa, o que impõe a necessidade de uma reflexão mais duradoura e cuidadosa a fim de se encontrar uma solução possível. As dificuldades perceptíveis relacionam-se com a disciplina jurídica havida de tais direitos. Afinal, às pessoas que mantêm relação de parentesco, o ordenamento jurídico já reconhece esses direitos, mas o faz em desmerecimento da formação familiar anaparental – quando, talvez, ela demande alguma relevância.[250] Às pessoas que não são parentes,

249 Mudando o que deve ser mudado.

250 A questão é que tipo de distinção pode derivar dessa relevância. Já se sugeriu, por exemplo, na situação dos parentes, que fosse criada uma *preferência* na exequibilidade tanto do direito alimentar quanto do direito sucessório. Assim, o irmão carecedor de alimentos, antes de solicitar tal satisfação em face dos demais parentes, deveria fazê-lo em relação àquele com quem forma ou formou família anaparental. Na sucessão, por sua vez, o irmão com quem essa família se instituiu sobressairia aos demais na ordem de vocação hereditária. (DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 450-451.; SÁ, Hugo Ribeiro. Família anaparental: uma realidade ou ficção jurídica? *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, Salvador, jan. 2008. Disponível em: http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2008/ discente/dis4.doc. Acesso em: 20 ago. 2008).

por outro lado, não há qualquer previsão de direito alimentar ou sucessório, o que pode demandar analogia aos companheiros[251] ou cônjuges que, no entanto, é bastante delicada devido à flagrante distinção das relações – sem e com natureza sexual, respectivamente.

A despeito de tantas incertezas, uma consequência, ao menos, parece garantida a essa entidade familiar, qual seja, o direito à impenhorabilidade imobiliária da residência porque caracterizada como bem de família. Nesse sentido, desponta o conhecido julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

> EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. Irmãos solteiros que residem em imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido.[252]

Ainda que indiscutível o cabimento desse benefício na realidade da família anaparental, não se vislumbra que ele seja efeito da caracterização familiar propriamente dita. Assim porque o bem de família se funda na necessidade de garantir às pessoas residentes e proprietárias o direito à moradia. Logo – como melhor se explicará oportunamente[253] –, se elas estabelecem, ou não, família entre si, este é um aspecto desinteressante para o fim de conceder tal proteção.

### 4.2.9. Família coparental (?): projeto de coparentalidade

Já não representa novidade que a realização da maternidade ou da paternidade não pressupõe, necessariamente, o estabelecimento de uma relação de conjugalidade ou de companheirismo. Ser mãe ou pai não implica estar casado ou viver em união estável; pode não estar diretamente ligado à prática sexual e independe da sexualidade do(a) pretendente ao posto de pai ou mãe. As produções independentes, que se popularizaram na década de noventa, realizam-se sem, necessariamente, os participantes estabelecerem vínculos afetivos. As técnicas de reprodução assistida viabilizam a concepção sem que os pacientes precisem manter relações sexuais. Por meio da adoção, pessoas solteiras, casadas ou em união estável

---

A solução sugerida é respeitável, no entanto, parece desatenta a certos problemas que pode criar. Faz-se realmente necessária maior apuração.

251 Para Hugo Ribeiro Sá: "como a família anaparental nasce de uma relação de convivência ostensiva e duradoura, da mesma forma que a união estável, os dois arranjos familiares devem ser equiparados para fins jurídicos." (SÁ, Hugo Ribeiro. Família anaparental: uma realidade ou ficção jurídica? *Direito UNIFACS – Debate Virtual* , Salvador, jan. 2008. Disponível em: http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2008/ discente/dis4.doc. Acesso em: 20 ago. 2008).

252 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 159851. SP 1997/0092092-5.* 4ª Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julg. 18/03/1998, grifo nosso.

253 A explicação detalhada desse raciocínio encontra-se no Capítulo 16 desta obra, especialmente dedicado ao estudo do bem de família.

podem tornar-se pais e mães. Desta feita, a constituição de família e, em especial, a realização de um projeto familiar não mais estão associadas nem ao casamento nem à união estável.

Diversas são as formas de realizar o projeto familiar. Na atualidade, vem se popularizando a chamada "família coparental", fruto da manifestação de vontade de duas pessoas que, na intenção de se tornarem pais ou mães, mas desprovidas da intenção de se ligarem afetivamente – muitas vezes nem sexualmente –, convencionam o exercício conjunto da parentalidade.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira,

> Coparentalidade, ou famílias coparentais, são aquelas que se constituem entre pessoas, hetero ou homoafetivas, que não necessariamente estabeleceram um vínculo amoroso conjugal ou sexual. Apenas se encontram movidos pelo desejo e interesse em fazer uma parceria de paternidade/maternidade. Na maioria das vezes o processo de geração de filhos é feito por técnicas de reprodução assistida, ou seja, podem ser também denominadas de famílias ectogenéticas.[254]

Nathália de Campos Valadares propõe o seguinte conceito:

> A família coparental é aquela formada por indivíduos que almejam exercer a paternidade/maternidade sem terem um vínculo conjugal/amoroso, pois, o que os unirá é o filho. Ou seja, é uma parentalidade planejada por pessoas que não são casadas, não vivem em união estável e nem possuem relacionamento amoroso/sexual. Assim como muitos casais se programam financeira e mentalmente para exercerem o projeto parental, os parceiros coparentais também o fazem. A parentalidade responsável e o livre planejamento familiar são a base da coparentalidade.[255]

Conrado Paulino da Rosa[256] trata da coparentalidade entre as famílias que estariam implicitamente previstas na Constituição Federal, visto não haver previsão expressa a respeito, apesar de o modelo representar o exercício do livre planejamento familiar assegurado constitucionalmente.

Ganha destaque na coparentalidade o acordo de vontades, a celebração de um contrato entre os interessados na geração de um filho, que, muitas vezes, terá na reprodução assistida, o meio para viabilizar a gestação. O contrato pode servir não só para eleger a forma de concepção, mas, também, para eleger o nome da criança, estabelecer sobre os períodos de convivência com cada um dos pais ou mães e sobre alimentos.

---

254 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

255 VALADARES, Nathália de Campos. *Coparentalidade:* modalidade de arranjo familiar analisada sob a ótica dos princípios constitucionais do livre planejamento familiar, da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021. p. 44.

256 ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 234.

Intrigante questionamento emerge quando se analisa o referido acordo à luz das normas que disciplinam a adoção. Isso porque, nos termos do artigo 42[257] do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção conjunta requer que os pretendentes comprovem a estabilidade da família, devendo ser casados ou viverem em união estável (§2º). Em caráter excepcional, admite-se a adoção conjunta aos divorciados, judicialmente separados e aos ex-companheiros, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência (§4º).

Diante dessas previsões, não seria possível, por exemplo, que duas pessoas que não fossem casadas ou que não tivessem vivido em união estável convencionassem o exercício conjunto da parentalidade por meio da adoção.

Tais constatações apontam, por um lado, para o excesso de formalismo do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao exigir que a adoção conjunta pressuponha o casamento ou a união estável e, por outro, para uma incoerência normativa, já que, conforme o *caput* do artigo 42 do ECA, é irrelevante o estado civil do adotante, desde que este seja maior de 18 anos.

Entendida a emolduração dessa situação social, inevitável é questionar acerca da sua real qualidade familiar, nos moldes conceituais aqui adotados. A considerar os pressupostos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, não parece possível afirmar tratar-se de uma família em si. Afinal, os pretensos pais não têm entre si qualquer relação amorosa, reunindo-se apenas em prol de um projeto parental comum.

### 4.2.10. Família multiespécie (?)

Se o estabelecimento de núcleos familiares paralelos provoca inquietações jurídicas e morais, também não escapa ao debate a possibilidade de considerar como possível entidade familiar aquela composta por seres humanos e seus animais de estimação – a família multiespécie, como menciona Conrado Paulino da Rosa[258].

Alguns fatores contribuem para que aumente o interesse pela temática. O número de animais de estimação nos lares brasileiros é alto.[259] Segundo pesquisa

---

257 Lei nº 8.069/90. Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)
(...)
§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
(...)
§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

258 ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 234.

259 Em sua dissertação de mestrado, cuja leitura recomendamos, Pedro Henrique Torquato Viana Antunes, noticia o aumento de animais de estimação nos lares brasileiros,

elaborada em 2013 pela Abinpet – Associação Brasileira de Indústria de Produtos para Animais de Estimação –, divulgada pelo IBGE no ano de 2015, o Brasil era o 4º país do mundo em número de animais de estimação.[260] Além disso, têm aumentado as discussões judiciais sobre o destino desses animais nas ações de divórcio. Além da discussão sobre partilha de bens, guarda de filhos e pensão alimentícia, as varas de família começam a se posicionar sobre o estabelecimento da "guarda" de cães e gatos e sobre o respectivo "direito de visitas".

Ilustra essa situação o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 1.713.167/SP, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, em 19 de junho de 2018.[261] No caso em tela, discutiu-se sobre o direito de visitas

apontando que o fenômeno pode ter justificativa, inclusive, no campo da psicologia: "(...), pesquisas do IBGE refletem essa nova realidade, pois evidenciam que já há mais animais domésticos nos lares brasileiros do que crianças com até 12 anos de idade. As razões para essa mudança comportamental encontram amparo em distintas fontes científicas, inclusive na Psicologia, para a qual, diferentemente da convivência entre pessoas humanas, que tende ao enfraquecimento decorrente do desgaste relacional, os laços entre humanos e animais conduzem-se ao fortalecimento constante, pois baseiam-se em retribuições e contrapartidas mínimas e despretensiosas – insuportáveis, se aplicadas às relações entre humanos." (ANTUNES, Pedro Henrique Torquato Viana. *O status jurídico dos animais não humanos e a sua situação nos casos de dissolução de sociedades conjugais em vida.* 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte).

260 IBGE – População de animais de estimação no Brasil – 2013 – Em milhões. Disponível em: https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/camaras-setoriais-tematicas/documentos/camaras-tematicas/insumos-agropecuarios/anos-anteriores/ibge-populacao-de-animais-de-estimacao-no-brasil-2013-abinpet-79.pdf. Acesso em 24 abr.2021.

261 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII - "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto

à cadela da raça Yorkshire chamada Kimi, que havia sido adquirida em 2008 por um casal que veio a dissolver a união estável após sete anos de relacionamento, no ano de 2011. Nessa oportunidade, os demandantes informaram não possuir bens a partilhar.

A discussão teve início, segundo o Relator do Recurso, quando o autor da ação passou a enfrentar oposição da requerida quanto ao seu suposto direito de visitas "ao mascote", o que lhe gerou "intensa angústia." Em Primeira Instância, o pedido de regulamentação de visitas foi negado sob o argumento de que o animal consistia em objeto de direito e que a requerida havia comprovado sua propriedade sobre o *pet*. Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo, reconhecendo a relação afetiva entre o animal e seus donos, uma vez que fora adquirida na constância da união estável, deu parcial provimento ao recurso e estabeleceu a forma de visitação, decisão que não agradou a requerida, que, em seguida, interpôs Recurso Especial alegando violação a dispositivos da Constituição Federal, do Código Civil e do Código de Processo Civil, bem como da Lei n.11.441/2007. Em suma, a recorrente pleiteou a nulidade do acórdão ao argumento de que, à época da dissolução da união estável, o ex-companheiro poderia ter optado pelo estabelecimento do condomínio do animal e que havia sido "transacionado pelas partes que outorgaram reciprocamente irrevogável quitação para nada mais reclamarem uns dos outros em razão da União Estável (...) e ainda declararam que não existiam bens móveis ou imóveis a partilhar".[262]

O Ministro Luiz Felipe Salomão, em seu voto, afastou a preliminar de nulidade do acórdão e ressaltou que a controvérsia dizia respeito à possibilidade de estabelecer e regulamentar as visitas ao animal de estimação, como fizera o Tribunal de Justiça de São Paulo. O Relator evidenciou que, naquele e em outros casos, o importante era saber se os animais deveriam ser tratados como bens, nos moldes do artigo 82 do Código Civil, ou se mereciam um tratamento diferenciado, considerando que, atualmente, não são raras as situações em que estes são tratados como se fossem membros da família:

---

de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1713167/SP*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 09/10/2018)

262 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.944.228/SP*, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 7/11/2022.

> De fato, os animais, via de regra, enquadram-se na categoria de bens semoventes, isto é, "os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social" (art. 82). Não há dúvidas de que o Código Civil os tipificou na categoria das coisas e, como tal, são objetos de relações jurídicas, como se depreende da dicção dos arts. 82, 445, § 2º, 936, 1.444, 1.445 e 1.446. Nessa perspectiva, resta saber se tais animais de companhia, nos dias atuais, em razão de sua categorização, devem [ser] considerados como simples coisas (inanimadas) ou se, ao revés, merecem tratamento peculiar diante da atual conjectura do conceito de família e sua função social. Isso porque "a nossa legislação tem-se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleo familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares, embora o não reconhecimento legal. Esta inércia do Poder Legislativo, contudo, tem sido oposta a um proficiente ativismo do Poder Judiciário, cuja atuação eficiente tem estabelecido o liame imprescindível entre as expectativas sociais e o ordenamento jurídico, principalmente para garantir a dignidade dos membros de tais arranjos familiares e o alcance da justiça" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In. Tratado de Direito das famílias, Rodrigo da Cunha Pereira (organizador). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 57). É notório o crescimento exponencial, em todo o mundo, do número de animais de estimação no âmbito das famílias e, cada vez mais, são tratados como verdadeiros membros destas. Os Tribunais do país têm-se deparado com situações desse jaez, com divórcios e dissoluções de relações afetivas de casais em que a única divergência está justamente na definição da custódia do animal.[263]

Por fim, o Relator esclareceu que não era o caso nem de humanizar o animal nem de equiparar a posse do animal à guarda dos filhos, mas, também, não se poderia desconsiderar o vínculo afetivo formado entre os demandantes e o animal de estimação. Apesar de ser mantida a natureza jurídica de semovente, sua situação peculiar como ser senciente, dotado de sensibilidade, demanda solução também peculiar. Apesar de não ter havido unanimidade na Quarta Turma do STJ, o Recurso Especial não foi provido, mantendo-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Assim, reconheceu-se o direito de o demandante efetuar visitas à cadela Kimi.

Além das discussões judiciais e do aumento do número de animais de estimação nos lares brasileiros, incrementam a reflexão sobre a possibilidade de reconhecimento das famílias multiespécies as iniciativas legislativas de conferir aos animais a natureza de sujeitos de direitos.

Em quatro estados brasileiros, é possível verificar o fenômeno. Por meio da Lei nº 17.485, de 16 de janeiro de 2018, que alterou a Lei 12.854/2003 – Código Estadual de Proteção aos Animais –, o Estado de Santa Catarina reconheceu que cães, gatos e cavalos, como seres sencientes, são sujeitos de direitos, que sentem angústia e dor.[264]

---

263 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.944.228/SP*, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 7/11/2022.

264 LEI Nº 17.485, DE 16 DE JANEIRO DE 2018
Procedência: Dep. Fernando Coruja / Natureza: PL./0160.5/2017 / DOE: 20.691 de 17/01/2018 / Fonte: ALESC/GCAN.

Em seguida, a Lei nº 11.140, de 08 de junho de 2018, instituiu o Código de Direito e Bem-estar animal da Paraíba. Embora não os qualifique expressamente como sujeitos de direitos, a legislação paraibana prescreve direitos a todos os animais, vertebrados ou invertebrados, considerando suas dimensões físicas e psíquicas e primando pela sua qualidade de vida.[265]

De volta ao sul do Brasil, foi instituído pela Lei nº 15.434, de 09 de janeiro de 2020, o Código Estadual do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul, que tem um capítulo destinado aos animais domésticos de estimação. No parágrafo único do artigo 216 deste Código, afirma-se que os animais domésticos de estimação possuem natureza jurídica '*sui generis*' e são sujeitos de direitos despersonalizados e não podem ser tratados como coisas.[266]

Por fim, em Minas Gerais, a Lei nº 23.724, de 18 de dezembro de 2020[267], introduziu o parágrafo único ao artigo 1º da Lei estadual 22.231/2016, que, entre

---

*Altera a Lei nº 12.854, de 2003, que "Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais", para o fim de reconhecer cães, gatos e cavalos como seres sencientes.*
O GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA
Faço saber a todos os habitantes deste Estado que a Assembleia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
Art. 1º A Lei nº 12.854, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescida do art. 34-A, com a seguinte redação:
"Art. 34-A. Para os fins desta Lei, cães, gatos e cavalos ficam reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito, que sentem dor e angústia, o que constitui o reconhecimento da sua especificidade e das suas características face a outros seres vivos." (NR)
Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
Florianópolis, 16 de janeiro de 2018.
JOÃO RAIMUNDO COLOMBO
Governador do Estado

265 Lei nº 11.140, de 08 de junho de 2018 - Código de Direito e Bem-estar animal da Paraíba (...)
Art. 5º Todo animal tem o direito:
I - de ter as suas existências física e psíquica respeitadas;
II - de receber tratamento digno e essencial à sadia qualidade de vida;
III - a um abrigo capaz de protegê-lo da chuva, do frio, do vento e do sol, com espaço suficiente para se deitar e se virar;
IV - de receber cuidados veterinários em caso de doença, ferimento ou danos psíquicos experimentados;
V - a um limite razoável de tempo e intensidade de trabalho, a uma alimentação adequada e a um repouso reparador.

266 Lei nº 15.434, de 09 de janeiro de 2020 – Código Estadual do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul
Capítulo XVII
DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS DE ESTIMAÇÃO
Art. 216. É instituído regime jurídico especial para os animais domésticos de estimação e reconhecida a sua natureza biológica e emocional como seres sencientes, capazes de sentir sensações e sentimentos de forma consciente.
Parágrafo único. Os animais domésticos de estimação, que não sejam utilizados em atividades agropecuárias e de manifestações culturais reconhecidas em lei como patrimônio cultural do Estado, possuem natureza jurídica "sui generis" e são sujeitos de direitos despersonificados, devendo gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

267 Lei nº 23.724, de 18 de dezembro de 2020 - Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei nº 22.231, de 20 de julho de 2016, que dispõe sobre a definição de maus-tratos contra animais no Estado e dá outras providências.

outras providências, define as condutas de maus-tratos contra animais no Estado. Assim, os animais, tidos como seres sencientes, também foram reconhecidos como sujeitos de direito despersonificados.

Nesse sentido, Pedro Henrique Torquato Viana Antunes ressalta que o reconhecimento da senciência dos animais, por meio do estabelecimento constitucional da proteção e vedação aos maus tratos, não implica "o reconhecimento de sua subjetividade, tampouco a concessão de personalidade jurídica pelo Direito a esses indivíduos".[268] Além disso, após analisar argumentações doutrinárias a favor da configuração da família multiespécie, a elas não se filia, ponderando que:

> A instituição das famílias multiespécies pressupõe, no entanto, a subjetividade animal nas sociedades contemporâneas, na medida em que, para o reconhecimento de uma entidade familiar, deve-se estar diante de um núcleo de compartilhamento intersubjetivo que possa conformá-la. Tem-se por prematura e insuficientemente testificada, contudo, a dogmática hipótese da subjetividade animal para tais fins, de modo que este trabalho não adere, *ex ante*, à referida tese, pois ela tangencia justamente a questão ora problematizada, de modo que tal hipótese aparenta decorrer de uma leitura social realizada por meio de um específico recorte que pode não refletir, de fato, o *status* social ocupado pelos animais não humanos.[269]

Giordano Bruno Soares Roberto[270] analisa o tema à luz do princípio da dignidade humana e adverte para a incoerência do sistema jurídico que, eventualmente, elevar os animais à condição de fins em si mesmos, equiparando-os aos seres humanos. Em suas palavras:

> A melhor forma de compreender o assunto, a meu ver, passa novamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Assim como é possível afrontá-lo tratando um ser humano como objeto, também se pode fazê-lo tratando um animal como ser

---

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS,
O Povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, decretou e eu, em seu nome, promulgo a seguinte lei:
Art. 1º – Fica acrescentado ao art. 1º da Lei nº 22.231, de 20 de julho de 2016, o seguinte parágrafo único:
"Art. 1º – (...)
Parágrafo único – Para os fins desta lei, os animais são reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito despersonificados, fazendo jus a tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos, ressalvadas as exceções previstas na legislação específica.".
Art. 2º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.
Belo Horizonte, aos 18 de dezembro de 2020; 232º da Inconfidência Mineira e 199º da Independência do Brasil.
ROMEU ZEMA NETO

268 ANTUNES, Pedro Henrique Torquato Viana. *O status jurídico dos animais não humanos e a sua situação nos casos de dissolução de sociedades conjugais em vida.* 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 41.

269 ANTUNES, Pedro Henrique Torquato Viana. *O status jurídico dos animais não humanos e a sua situação nos casos de dissolução de sociedades conjugais em vida.* 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

270 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Lições de direito de família*. Belo Horizonte: Lafayette, 2021, p. 55.

humano. As pessoas são os entes que nunca podem ser tidos como meios para a satisfação do interesse de outros entes, mas sempre como fins em si mesmas. E os animais, inclusive os de estimação, servem de meio para os seres humanos, podendo ser livremente comprados, vendidos, trocados e doados. De alguns animais, obtemos companhia. De outros, alimento. De outros, montaria, seja para trabalho ou divertimento. O sistema jurídico que autoriza tratá-los como meio, não pode, sem grave incoerência, elevá-los à condição de fim.[271]

César Fiuza e Bruno Gontijo também já refletiram sobre o tema e pontuam que "para tutelar os animais e lhes conferir adequada proteção, não é necessário conferir-lhes personalidade, tampouco subjetividade. Como objeto de direito podem receber proteção mais que suficiente."[272] Suas reflexões apontam para a incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e, até mesmo, com a evolução da sociedade, a elevação dos animais à qualidade de pessoas, sendo antropocêntrica e não biocêntrica a solução para a temática:

Os animais são objeto de direito, podem ser objeto de propriedade, podem ser caçados e devorados; podem ser, inclusive, extintos, como desejamos o seja o mosquito da dengue. Isso não significa que não devam ser protegidos. Em que situações ocorre a tutela protetiva? Quando protegemos nossa propriedade, quando protegemos o meio ambiente e quando protegemos os animais contra atos de crueldade, ou seja, quando os protegemos aparentemente, por eles mesmos. Na realidade, em todas essas hipóteses, o sujeito do direito é o ser humano, seja o proprietário, seja aquele que deseja um meio ambiente saudável, seja o que se projeta no animal em sofrimento. É impossível qualquer solução que não seja antropocêntrica. O biocentrismo, a nosso ver, é a solução mais hipócrita, que deixa sem resposta uma série de perguntas, como as que fizemos acima. Se desejamos um meio ambiente saudável, se desejamos um planeta "verde", é para que NÓS dele possamos desfrutar e levar uma vida digna.[273]

Também na perspectiva de que a proteção aos animais não pressupõe sua personalização, e amparando-se, igualmente, na conclusão de que se trata de objetos de direito, ainda que essa categoria possa ser revisitada à luz da realidade, Pedro Henrique Torquato Viana Antunes conclui:

Entende-se, nesse sentido, que é por meio da argumentação jurídica que atualmente se promove a releitura de distintos institutos do Direito Civil, de modo a amoldá-los à nova realidade do mundo-da-vida, em que os animais não humanos deixam de figurar como meros objetos do alvedrio humano, e passam a ocupar papel de relevância moral e jurídica, inclusive no âmbito dos núcleos familiares. Nessa nova

271 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Lições de direito de família*. Belo Horizonte: Lafayette, 2021, p. 55.

272 FIUZA, César Augusto de Castro; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Proteção ambiental e personificação dos animais. *Veredas do Direito,* Belo Horizonte. V. 11, n. 22, p. 55-76. Julho/Dezembro de 2014.

273 FIUZA, César Augusto de Castro; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Proteção ambiental e personificação dos animais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte. V. 11, n. 22. Julho/Dezembro de 2014, p. 72.

> realidade, os animais não humanos passam a ostentar um status especialíssimo nas situações jurídicas, especialmente em razão de sua reconhecida senciência, e das relações de afeto estabelecidas entre humanos e animais, não obstante permaneçam ocupando a posição objetiva dessas situações uniposicionais.[274]

Não deixam de ser louváveis as iniciativas que visam proteger os animais de maus-tratos e reconhecer-lhes tratamento peculiar, considerando a sua sensibilidade e as afetuosas interações entre animais de estimação e seres humanos. No entanto, ainda não parece acertado afirmar que a multiespécie seja uma configuração familiar no sentido jurídico, eis que, nesse âmbito, a família pressupõe a reunião de pessoas, baseada no afeto, com o propósito de estabelecer ambiente propício ao pleno desenvolvimento de seus membros, aos quais é reconhecida uma autonomia, ainda que progressiva com relação aos menores de idade[275], cujo conteúdo não se identifica com os seres sencientes.

Todavia, reconhece-se aqui que a temática ainda esteja ganhando seus primeiros contornos, sendo sempre válidas as reflexões que contribuam para uma interpretação mais adequada ao conceito de família.

## 4.3. Enunciado do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 524 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.723. As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família.

274 ANTUNES, Pedro Henrique Torquato Viana. *O status jurídico dos animais não humanos e a sua situação nos casos de dissolução de sociedades conjugais em vida.* 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 41.

275 Sobre a autonomia progressiva dos menores de idade, sugere-se a leitura do artigo “As nuances da autonomia progressiva de crianças e adolescentes em contextos jurídicos e institucionais: breves discussões” da autoria de Adriana Goulart de Sena Orsini, Cibele Aimée de Souza e Lucas Jeronimo Ribeiro da Silva. *In*: VIEIRA, Marcelo de Mello; BARCELOS, Paulo Tadeu Righetti. (Org.) *Direito da criança e do adolescente*: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 79-111.

# 5 *Relações Familiares*

## 5.1 Noções gerais

Relações familiares são os elos que se estabelecem entre determinadas pessoas em função de seu pertencimento à mesma entidade familiar, assim compreendida ora de maneira estrita ora amplamente. Dessa forma, familiares são tanto os componentes da família nuclear, correspondente ao conceito restrito atual – como ambiente de convivência afetiva, permanente e ostensiva – quanto certos componentes de outras entidades familiares que a lei considere relacionados, a partir de um conceito mais alargado de família.

A exemplificar, pai, mãe e filho, membros da sede familiar oriunda do casamento ou da união estável são familiares entre si. Paralelamente, o pai e a mãe são familiares dos seus pais e dos pais do outro (sogro e sogra), e o filho também é familiar em relação aos seus avós, maternos e paternos. Nesse último caso, percebe-se claramente que o conceito de família é ampliado, posto ser indiferente para a qualificação de familiares destes últimos – pais e sogros dos pais e também avós do neto – que eles estabeleçam outros núcleos convivenciais específicos (vivendo em união estável, em uma família recomposta, ou mesmo em um casamento etc.).

Essas variadas relações familiares, ora baseadas num conceito limitado, ora num conceito extensivo de família, podem ser de três tipos: (I) vínculo conjugal ou de companheirismo, (II) vínculo de parentesco e (III) vínculo de afinidade. Portanto, vale grifar que, nesta obra, 'familiar(es)' é termo usado para indicar o gênero. Cônjuges e companheiros; parentes; e afins, por sua vez, são termos que assinalam as espécies de relação familiar.

Cada uma dessas modalidades reserva aos familiares um conteúdo peculiar para sua esfera jurídica de ação. Assim, como a definição de familiar é essencialmente relacional – quem é familiar o é em face de alguém – a legitimidade subjetiva para realização de atos jurídicos, mesmo sendo em certos pontos comum, variará proporcionalmente ao tipo de vínculo que une dada pessoa a outrem. Se a relação for conjugal ou de companheirismo, o grupo de direitos e deveres dos sujeitos será um; se for de parentesco, será outro; se de afinidade, enfim, outro ainda.

É relevante destacar que, seja de que espécie for, todos os tipos de relação familiar representam qualificações essencialmente *jurídicas*. São categorizações que o sistema normativo estabelece a fim de justificar a concessão de dado âmbito subjetivo de atuação. Isso leva a sublinhar que mesmo se valendo o Direito, em alguns casos, de dados fáticos para defini-las, tais categorias consistem, verdadeiramente, em imputação de ordem jurídica. As pessoas são qualificadas conforme a determinação normativa existente. Considerações outras sobre essa matéria, de ordem biológica, sociológica ou antropológica, são inoperantes se não

consideradas ou admitidas pela própria prescrição jurídica. Essa é uma observação que se deve ter sempre em mente para clara compreensão do assunto.

## 5.2 Vínculo conjugal ou de companheirismo

A relação familiar conjugal ou de companheirismo insere-se na definição mais reservada ou limitada de família. As pessoas relacionadas por tal vínculo são familiares porque efetivos membros da sede convivencial. A partir do casamento ou da união estável, os cônjuges, tal qual os companheiros, inauguram uma entidade familiar própria em função do que passam a estar juridicamente vinculados.

Essa vinculação, no entanto, não é de parentesco – tipo de relação familiar mais frequente e conhecida – nem de afinidade. Cônjuges e companheiros não se tornam nem parentes nem afins entre si com o casamento ou com a união estável. Tornam-se familiares pelo advento do vínculo conjugal ou do vínculo de companheirismo, os quais têm conteúdo e consequências particulares, que não se notam nas demais espécies.

O vínculo conjugal ou de companheirismo é peculiar pela sua presumida conotação sexual. Logo, a esfera de ação jurídica dos sujeitos envolvidos compreende certos direitos e deveres que a tanto são pertinentes e que, todavia, não se visualizam nos elos parentais ou afins. Um exemplo é o dever de fidelidade ou lealdade. Em termos jurídicos, somente aos cônjuges e companheiros é imposto que sejam fiéis ou leais. Aos outros familiares, assim definidos por relação jurídica de natureza diversa – parentesco ou afinidade –, tal ordem não se aplica.

Há, porém, alguns efeitos coincidentes porque deduzidos de aspectos comuns a alguns tipos de liames familiares. É o caso do dever de mútua assistência, sobretudo material. A prestação de alimentos pode ser exigida dos cônjuges e companheiros, tal qual dos parentes.[276] É assim exatamente porque o Direito entende ser comum a ambas as situações – vínculo conjugal, de companheirismo e de parentesco – o propósito dos familiares em colaborar com o livre e pleno desenvolvimento da pessoa de cada um, para o que se faz necessária a colaboração alimentar.

Além do distanciamento e da coincidência de efeitos, é ainda possível que, ao vínculo conjugal ou de companheirismo, esteja reunida outra modalidade de relação familiar. Em outras palavras, é possível que os cônjuges ou companheiros sejam familiares uns dos outros por mais de um vínculo jurídico simultaneamente. Pode ocorrer, dependendo do grau de parentesco, que dois parentes se casem ou constituam uma união estável. Tal fato pode se dar entre dois primos, por exemplo. Nessa hipótese, os envolvidos serão duplamente familiares: em função do parentesco que já existia; e, a partir de então, também pelo vínculo conjugal ou de companheirismo. Cada um desses elos familiares, contudo, permanece desencadeador autônomo de efeitos. Da qualidade de parente, sucedem certos

---

276 É claramente essa a posição adotada pelo Código Civil de 2002, ao enunciar o seguinte: "Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação." (grifo nosso).

direitos e deveres; da qualidade de cônjuge ou companheiro(a), outra esfera jurídica – em parte convergente e em parte divergente – deduzir-se-á.

Por fim, resta inferir uma conclusão evidente e elementar. Os familiares que assim o são, porque ligados pelo vínculo conjugal ou de companheirismo, permanecerão dessa forma qualificados enquanto a entidade familiar constituída perdurar. Findado o casamento ou a união estável, extingue-se o elo. Então, os, agora, ex-cônjuges e ex-companheiros deixam de ser familiares e, com isso, perdem a titularidade de certos direitos e deveres daí derivados.[277]

## 5.3 Parentesco

### 5.3.1 Definição

Parentesco é a relação jurídica cogentemente determinada por lei que vincula certas pessoas a uma mesma família em função dos elos geracionais havidos entre si. É a ligação de procedência, o fator eleito juridicamente para nomear os familiares parentes.

O parentesco é, assim, um tipo de vínculo familiar que se dá, em parte, alheio à estrita compreensão de família nuclear e eudemonista, atualmente adotada. Isso pode ensejar situações curiosas, que chegam a sugerir até um contrassenso. De fato, esse entendimento permite que sejam definidos por parentes, consoante as emoldurações legais, pessoas que, em verdade, não mantenham, entre si, qualquer relação de afetividade que seja, ainda, estável e ostensiva. Significa dizer, noutras palavras, que a conceituação de parentesco pode levar a qualificar como familiares pessoas que não cumprem com os requisitos identificadores de uma família, conforme entendida hoje.

Essa aparente impropriedade deve-se exatamente ao fato de a instituição do parentesco ter seu cerne na genealogia, embora nela não se esgote. Com isso, os dados da linhagem pessoal às vezes são para tanto bastantes e, nesses casos, a ausência de qualquer proximidade afetiva dos envolvidos torna-se, legalmente, fator sem importância. Pais, filhos, irmãos, tios, avós, primos, tios-avós e sobrinhos-netos podem ser juridicamente considerados parentes porque, simplesmente, possuem um elo genético. Mas, como a genealogia não é tudo, por outro lado, os familiares podem ser classificados por parentes, porque também têm ou apenas têm um vínculo afetivo.

A propósito, destaque-se que, sendo o parentesco uma ligação de origem, o primeiro e principal elo que compreende é, exatamente, o da filiação. As relações paterno e materno-filiais são as primitivas parentais; são delas que todas as outras se ramificam. De maneira ilustrada, isso equivale a dizer que, inicialmente, é preciso ter pais e filhos para que, só então, seja possível ter avós, tios, primos, netos etc. Imperioso torna-se, dessa maneira, bem conhecer como se estabelece a filiação, já que os demais vínculos de parentescos surgem por decorrência dela.

277 Para melhor compreensão da afirmativa, encaminhe-se o leitor para os Capítulos 8 e 9.

De maneira simplificada, o elo filial pressupõe a identificação dos critérios biológico, jurídico e/ou socioafetivo. O Direito considera pai ou mãe e filho vinculados ou porque há entre eles derivação genética, comprovada ou presumida, e/ou porque há uma ligação de ordem afetiva tal que os leva a se comportarem como se houvesse hereditariedade e a pretenderem ser assim reconhecidos. [278]

Por extensão da estrutura filial, todas as demais qualificações de parentesco serão também definidas em função da existência de um ou de vários desses elos: biológico, jurídico e/ou socioafetivo.

Admitindo tal multiplicidade de parâmetros, o Código Civil de 2002 é preciso ao definir, no seu artigo 1.593, que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem." [279]

O diploma civil nomina de parentesco natural [280] aquele de derivação genética, certificada ou suposta; e deixa, para a expressão *parentesco civil*, o baseado nas demais origens possíveis, como a adoção e a reprodução assistida, dentre outras hipóteses reais de relação socioafetiva.[281] Essa é a hermenêutica mais bem aceita, tendo sido, inclusive, objeto de conclusões proferidas nas Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.[282]

---

278 Para melhores esclarecimentos, vale recorrer ao Capítulo 11 desta obra, intitulado Filiação.

279 Em análise à expressão *outra origem*, inovação do Código Civil de 2002, Caio Mário da Silva Pereira afirma: "Este acréscimo na lei civil abriu espaço para se considerar as relações de parentesco de forma mais ampla." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, p. 312). No mesmo sentido, "afirma-se que existe espaço para o reconhecimento de outros vínculos além da consanguinidade e da adoção, em face da amplitude da expressão outra origem." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p.192).

280 Em pertinente crítica sobre o termo natural, manifestam-se Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: "Chamar o parentesco decorrente da consanguinidade de *natural* é conferir uma carga *artificial* ao parentesco estabelecido por outros critérios, como a afetividade, como se não fosse da ordem natural do ser humano acolher, por afeto e amor, alguém como seu filho." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias.* 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 574, grifo dos autores)

281 Para Maria Berenice Dias: "outra origem não significa mais e tão somente o parentesco decorrente da adoção, mas o parentesco que tem origem diversa da consanguínea." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p.192). Da mesma forma, raciocina Paulo Lôbo ao afirmar que "o parentesco civil remete a 'outra origem', cujas espécies se enquadram na genérica expressão de socioafetividade [...]." (LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.). Em sentido oposto, defendendo a restrição do significado de *outra origem* à adoção, encontra-se Rolf Madaleno: "c) parentesco civil, emanado dos vínculos de adoção." (MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.).

282 Enunciado 103 da I Jornada: "Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho."
Enunciado 256 da III Jornada: "Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil."
Enunciado 519 da V Jornada: Art. 1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

Por fim, vale fazer uma última ressalva. Como mencionado na própria definição formulada, o parentesco é uma construção jurídico-legal de caráter definitivo e imperativo. Uma vez constituído, "não pode ser desfeito por ato de vontade das partes",[283] ponto em que se distingue do vínculo conjugal ou de companheirismo. Afinal, a conjugalidade e o companheirismo serão desfeitos com a extinção familiar, que pode ser fruto da decisão volitiva de uma ou de ambas as partes. Diversamente, talvez se possa dizer que o parentesco não termina nem mesmo com a própria pessoa, já que após a sua morte permanece como qualificação definidora de efeitos jurídicos (a exemplo dos sucessórios e previdenciários). É uma qualificação perpétua.

## 5.3.2 Linhas e graus de parentesco

A relação familiar de parentesco abrange subdivisões. Essas subdivisões são denominadas linhas e graus.

As linhas são as ramificações parentais; são "campos nos quais se projetam a relação parental."[284] Existem parentes em linha reta e em linha colateral (oblíqua ou transversal). Os graus, por sua vez, equivalem à distância geracional existente entre dois parentes; sendo que cada geração representa um grau. Dessa forma, há graus de parentesco tanto em linha reta, quanto em linha colateral.

São parentes em linha reta aqueles que guardam entre si relação geracional linear; isto é, aqueles que derivam uns dos outros. Conforme enuncia o artigo 1.591 do Código Civil: "são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes." A linha reta será ascendente ou descendente, de acordo com o ponto de vista: partindo da pessoa em causa para acima, ou dela descendo, respectivamente. Encontram-se nessa ordem, por exemplo, o avô, o pai, o neto e assim sucessivamente.

Na linha reta, o grau mínimo é o primeiro, dado que a ligação dos sujeitos é direta, e o grau maior é ilimitado. Não há qualquer restrição jurídica de graus para imputação de efeitos nesse tipo de parentesco. Por isso, é comum afirmar-se que o parentesco em linha reta admite graus *ad infinitum.* Suas implicações jurídicas, em princípio, podem alcançar qualquer geração na qual exista um familiar ocupante. Isso somente não acontecerá se as regras legais específicas do direito ou dever em causa previrem alguma restrição.[285]

---

Enunciado 608 da VII Jornada: Art. 1.593 e 1.596: É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local.

283 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias.* 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 570.

284 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias.* 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 567-568.

285 É o caso do direito sucessório, por exemplo. Caso a vocação hereditária seja dos descendentes ou dos ascendentes do morto, ainda que existam vários parentes ocupantes dessa linha, apenas os de grau mais próximo é que receberão a herança (artigos 1.833 e 1836,

Em linha colateral, encontram-se os parentes que não possuem este vínculo descendente/ascendente, mas compartilham um mesmo ancestral. Os familiares assim relacionados têm linhas parentais autônomas que, no entanto, se cruzam por intermédio de outrem. Daí porque também se nominar tal linha de parentesco como oblíqua ou transversal. São parentes colaterais, as(os) irmãs(ãos), as(os) tias(os), as(os) sobrinhas(os), as(os) primas(os), as(os) tias(os)-avós(ôs), as(os) sobrinhas(os)-netas(os).

Diferentemente do parentesco em linha reta, o menor grau do parentesco colateral é o segundo. Afinal, se tais parentes têm linhagens paralelas que somente se tangenciam por intermédio de outro parente comum, entre elas existirão, no mínimo, dois elos: os individuais que reúnem cada um dos parentes ao ancestral compartilhado.

A comunhão de um único ascendente é bastante para gerar o parentesco transversal, nada impedindo, porém, a pluralidade. Isso ganha especial importância entre os colaterais de segundo grau. Os irmãos são juridicamente diferenciados entre bilaterais (ou germanos) e unilaterais. Bilaterais os que têm dois ancestrais comuns, ou seja, o mesmo pai e a mesma mãe. Unilaterais os que somente compartilham ou a mãe ou o pai. Essa é uma separação importante porque justifica a distinção de certos efeitos jurídicos, a exemplo dos direitos sucessórios. Os irmãos bilaterais do falecido têm direito ao dobro da parte da herança devida aos unilaterais.[286]

A última peculiaridade do parentesco colateral merecedora de atenção é que os efeitos jurídicos que ele gera não se dão em qualquer grau, em toda geração. Direitos e deveres apenas são concedidos aos parentes transversais que se dispõem até o quarto grau, inclusive. Mesmo que sejam identificáveis graus superiores a este, a lei não prevê para seus ocupantes qualquer titularidade. E como o parentesco serve à estrita função de provocar tal consequência, a ausência dela equivale à própria inexistência de vínculo familiar parental. "Daí a importância do tema, pois muitas das pessoas que se consideram parentes, juridicamente não o são, de acordo com o tratamento que o Direito objetivo ministra."[287]

## 5.3.3 Contagem de graus de parentesco

A contagem dos graus de parentesco, em ambas as linhas – reta e colateral –, ocorre da mesma maneira: a partir de certo familiar em direção àquele em face de quem a relação parental pretende ser determinada. O número de elos pelos quais se passa até que tal relação seja estabelecida corresponde à quantidade de graus do parentesco. Nos dizeres do artigo 1.594 do Código Civil: "Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo

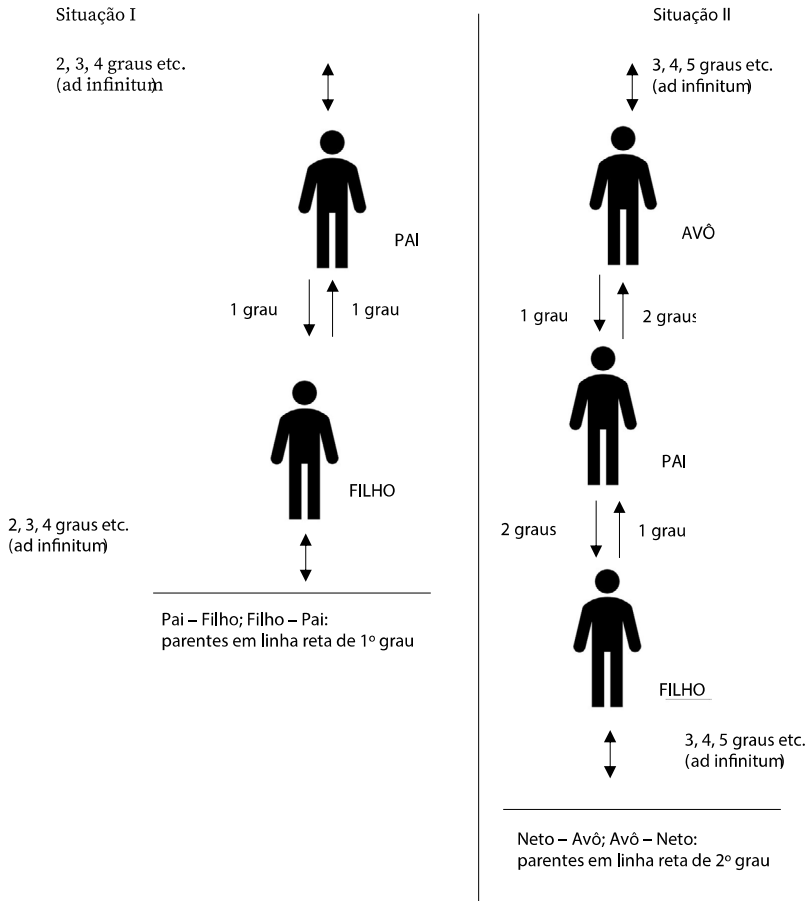
---

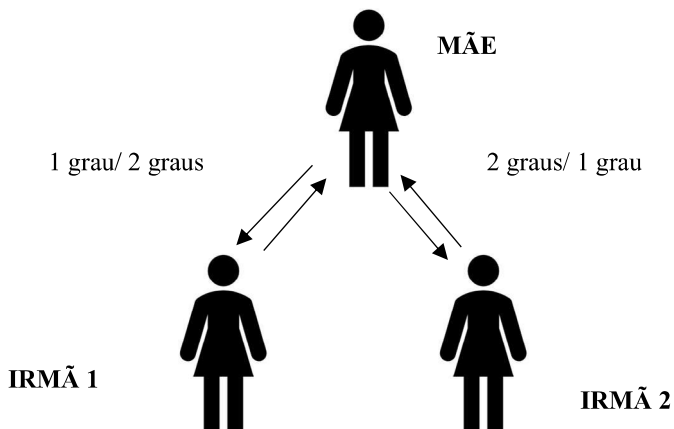
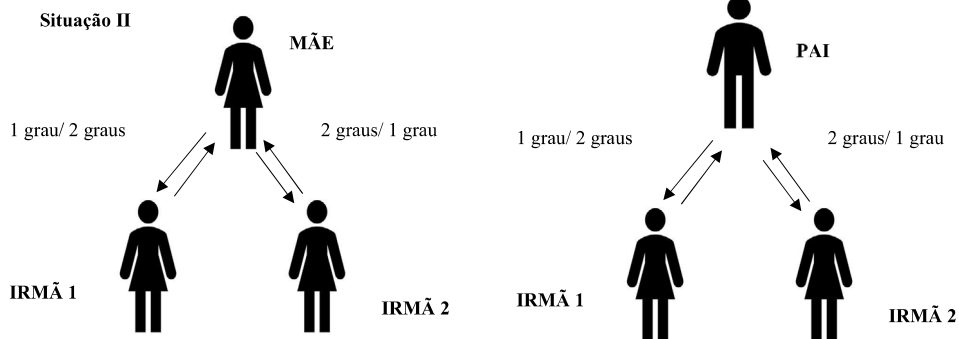
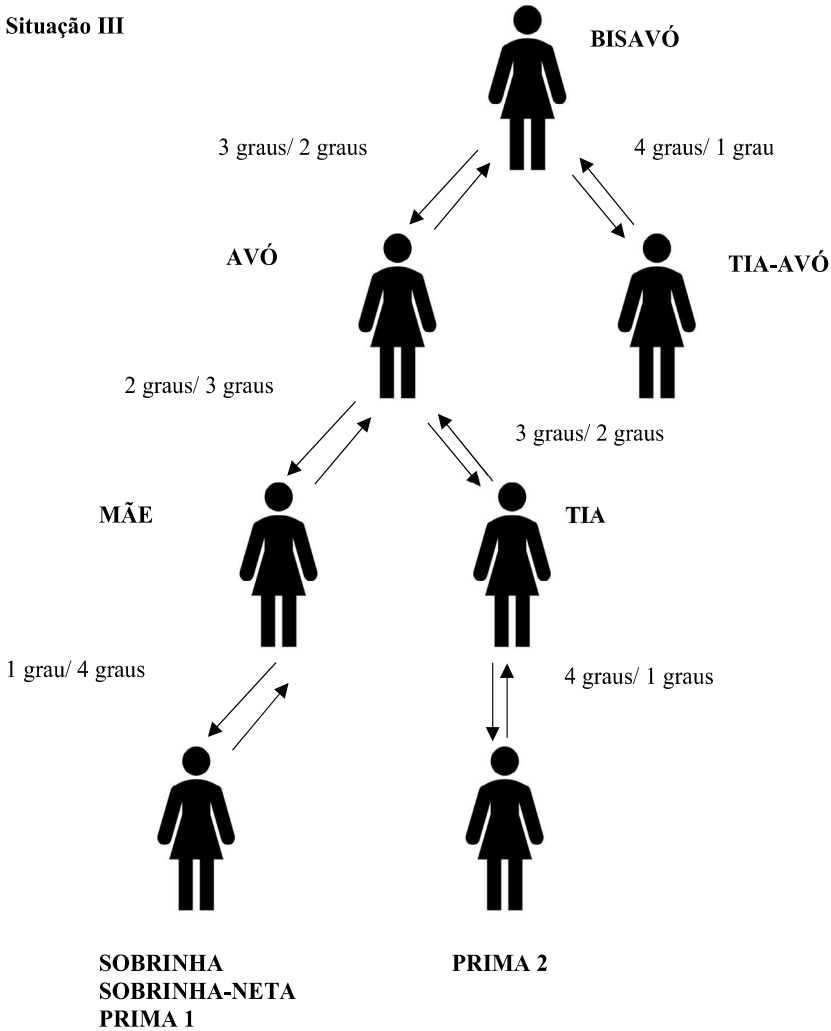
§1º do Código Civil).

286 Código Civil. "Art. 1.841. Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar."

287 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. *In:* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 110.

número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.” Para melhor visualização, valem as representações a seguir.

**PARENTESCO EM LINHA RETA**

## EM LINHA COLATERAL, TRANSVERSAL OU OBLÍQUA

---

Sobrinha – Tia; Tia – Sobrinha: parentesco em linha colateral de 3º grau;
Primas: parentesco em linha colateral de 4º grau;
Tia-avó e sobrinha-neta; Sobrinha-neta e tia-avó: parentesco em linha colateral de 4º grau.

## 5.4 Afinidade

A relação familiar de afinidade, igualmente ao vínculo conjugal ou de companheirismo, é também um elo criado a partir da constituição da família matrimonial ou da união estável. O fato gerador é o mesmo. Todavia, as pessoas relacionadas são diferentes. O vínculo conjugal ou de companheirismo reúne os cônjuges ou companheiros entre si, ao passo que a afinidade liga cada um desses, individualmente, aos parentes do outro.

São afins a esposa ou a companheira e os parentes próprios do seu marido ou companheiro. Igualmente, há afinidade entre o marido ou o companheiro e os parentes próprios da sua esposa ou companheira. Perceba-se, dessa forma, que a afinidade é uma relação familiar reflexa do particular parentesco de um cônjuge ou companheiro. Em função disso, as regras relativas à instituição do vínculo parental refletem-se na estruturação da afinidade. Os familiares afins ou o serão em linha reta ou em linha colateral, e a contagem de graus, em ambos os casos, dá-se de maneira semelhante.

Trata-se, no entanto, de uma simetria;[288] não de uma equivalência. "Na linha reta, a afinidade recebe o tratamento equiparado ao do parentesco, inexistindo limitação de grau."[289] Já na linha colateral, há uma importante ressalva no ordenamento jurídico que distingue os graus da afinidade dos graus do parentesco.

Em vez de também atingir o quarto grau, inclusive, a norma legal expressamente restringe a configuração da linha oblíqua de afinidade ao segundo grau. Prevê o § 1º do artigo 1.595 do Código Civil: "O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro." A afinidade colateral, portanto, equivale tão somente à relação entre cunhados.

Outra fundamental particularidade da relação familiar afim, se comparada às demais espécies de relação familiar – parentesco e vínculo conjugal ou de companheirismo –, atine à sua curiosa duração. Ainda que corresponda a um *parentesco espelhado*, a afinidade não é plenamente perpétua como ele. Por outro lado, ainda que derivada da instituição familiar matrimonial ou da união estável, pode não se finalizar por completo com sua causa, como ocorre com os vínculos conjugal e de companheirismo.

A regra da afinidade é híbrida, *sui generis*. Ao término do casamento ou da união estável, extingue-se o elo afim colateral; isto é, o cunhadio. Intacta e eternamente, entretanto, é mantida a afinidade em relação aos ascendentes e aos descendentes, sogros, enteados, avós e netos afins etc. Nas palavras do Código Civil

---

288 Assim, cuidadosamente, posiciona-se Guilherme Calmon Nogueira da Gama: "há, na afinidade, certa simetria com o parentesco, especialmente, no que toca à distinção entre linhas, graus e espécies de afins." (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 122).

289 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

(artigo 1.595, § 2º): "Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável."

A explicação para tal peculiaridade extrai-se da principal consequência civil normativamente prevista para os familiares afins. A afinidade impede que as pessoas assim relacionadas se casem[290] ou, por extensão, constituam união estável, em atenção ao artigo 1.723, § 1º, do Código Civil.

Admitir que tal efeito desaparecesse – por decorrência do desaparecimento desse vínculo familiar – ao fim do casamento ou da união estável, equivaleria à total inutilidade. Afinal, enquanto persistente qualquer dessas entidades familiares, a formação de outra concomitante já parece ser[291] vedada por outras normas jurídicas. Segundo Paulo Lôbo, a afinidade "por razões morais, jamais se extingue, levando, por exemplo, ao impedimento perpétuo de casamento entre sogro e nora ou entre genro e sogra",[292] tal qual entre enteado, avô ou neto afim e ex-esposa ou companheira, ou entre enteada, avó ou neta afim e ex-marido ou companheiro, e assim sucessivamente.

Ao lado dessa consequência jurídica, a afinidade apenas provoca aos envolvidos uma preferência para o exercício da tutela, pois, segundo o artigo 1.737 do diploma civil, quem não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo *ou afim*, em condição de exercê-la.[293]

---

290 Código Civil. Art. 1.521. Não podem casar: [...]; II - os afins em linha reta;"

291 Utiliza-se a expressão *parece ser* no propósito de alertar para as discussões subjacentes a essa matéria, que são enfrentadas nos capítulos 2, 6 e 10, para os quais se remete o leitor.

292 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

293 Fora da órbita civilista, existem outras restrições previstas aos afins. São exemplos: a caracterização de impedimento do juiz, quando afim de qualquer das partes, ou o impedimento para testemunhar, nas mesmas condições. Assim está determinado no Código de Processo Civil, nos seguintes artigos:
"Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; [...]"
"Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 2º São impedidos: I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; [...]."
A inelegibilidade também é provocada pelo vínculo de afinidade, conforme prescreve o § 7º do artigo 14 da Constituição Federal, a saber: "São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição." Vale citar, finalmente, a 13ª Súmula Vinculante do STF que assenta entendimento relativo à proibição de nomear, dentro da Administração Pública, parente afim para cargo de confiança ou função gratificada: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa

Essa limitada produção de efeitos, na órbita civilista, é um dos decisivos fatores a levar a crer que não se pode equiparar a afinidade ao parentesco, como fazem alguns autores. São visíveis as restrições subjetiva e objetiva que o elo afim compreende comparativamente ao vínculo de parentesco, tal qual é visível, sobretudo, a distinção de causa de cada um.

Parece temerário, então, inserir a relação afim na estrutura parental pelo simples fato de o § 1º do artigo 1.595 do Código Civil assentar a expressão – inexistente no diploma anterior – *parentesco por afinidade*, como creem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,[294] por exemplo. E isso por uma razão igualmente simples. Em atenção às regras hermenêuticas, os parágrafos de um artigo de lei é que devem se submeter ao *caput*; não o contrário. Assim, como o *caput* do artigo 1.595 usa o termo afinidade como substantivo e não como adjetivo de parentesco, parece adequado entender tratar-se de uma relação familiar autônoma em face desta última. Conseguintemente, esse deve ser o parâmetro de compreensão de toda a norma.[295]

A contribuir para igual conclusão estão os fundamentos dos vínculos familiares de parentesco e afinidade. De fato, eles se apresentam bastante distintos e, nessa medida, talvez prejudiquem uma pretensa equiparação. Senão, veja-se.

O parentesco, porque baseado numa ligação geracional, justifica o advento de responsabilidades mútuas dos envolvidos, haja vista que são, reciprocamente, causa e consequência das decisões volitivas do outro. É razoável, portanto, que nesses casos se imputem deveres, como os alimentos, e se concedam direitos, como os sucessórios, aos sujeitos vinculados. Já na afinidade, a aplicação dessa lógica pode ser destoante. Afinal, não se pode dizer que os afins sejam frutos de suas próprias escolhas pessoais. Ao revés, a existência deles é algo que foge a qualquer controle volitivo; trata-se de uma fatalidade. Ao se casarem ou constituírem união estável, os cônjuges ou companheiros elegem-se uns aos outros; e isso é tudo. Nesse sentido, a imposição de responsabilidade jurídica similar à do parentesco apresenta-se excedente e desnecessária, posto que todos os familiares afins já têm parentes particulares que a tenham assumido.

---

jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."

294 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 576.

295 Houve discussão sobre tal matéria quando ainda o Código Civil era projeto, exatamente na tentativa de evitar o equívoco. Como noticia Guilherme Calmon Nogueira da Gama, durante o período de tramitação do referido projeto no Senado, foi apresentada uma emenda, por sugestão de João Baptista Villela, para acrescer ao subtítulo intitulado "das relações de parentesco" a seguinte expressão complementar "e da afinidade", sob o propósito de clarear a distinção havida entre as relações. Todavia, a emenda foi rejeitada por se crer numa amplitude tal do vocábulo parentesco, suficiente para inserir a afinidade, no que pecou o relator Josaphat Marinho, já que não se podem reunir relações familiares distintas. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 108).

Não bastassem esses argumentos, vale novamente lembrar a ressalva que se teve o cuidado de fazer no início deste capítulo: as relações familiares são genuíno resultado de imputação jurídica, formulada com objetivos específicos. Assim, são esses que circunscrevem a criação do vínculo jurídico. Em questão de afinidade, isso mostra-se ainda mais claro. Não fosse a pretensão legal de impor certos parâmetros éticos, como a vedação ao incesto equiparado, fatalmente não haveria no ordenamento jurídico civilista norma que definisse qualquer relação familiar entre um dos cônjuges ou companheiros e os parentes do outro. Dessa forma, é observando esses limites que se crê deva ser entendida a afinidade, não se aquiescendo com a defesa de sua qualidade de parentesco e da respectiva extensão a ela dos efeitos parentais próprios.

## 5.5 Jurisprudência sumulada

**STF - Súmula Vinculante 13:** A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. **Data de aprovação**: Sessão Plenária de 21/08/2008.

## 5.6 Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 608 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.593 e 1.596**: É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local.

**Enunciado 519 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.593**: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

**Enunciado 256 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.593**: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

**Enunciado 103 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.593:** o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele

decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

# 6 Casamento

## 6.1 Aspectos gerais do casamento: de instituição à entidade familiar

Segundo Clóvis Beviláqua, o casamento se dá quando "um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer."[296] Pontes de Miranda, por sua vez, complementa ao afirmar que o matrimônio equivale a um sacramento, criado pelo Direito.[297]

Essas duas definições são suficientes para verificar os fatores primordiais de identificação do casamento, no período moderno, as quais eram: a instituição por meio do Direito; a indissolubilidade e a fidelidade – e, inerente a estas, a monogamia –; e os objetivos reprodutivo e patrimonial que, a um só tempo, condicionavam e extrapolavam a vida em comum dos cônjuges entre si e com seus filhos. O casamento era mesmo uma instituição.

Nessa esteira, o Código Civil de 1916 equiparou e resumiu os conceitos entre si: definiu como família o casamento. Essa era a única forma de obter legitimidade e, consequentemente, de gozar da proteção estatal. Assim, inclusive, expressava-se taxativamente o artigo 229: "Criando a família legítima, o casamento [...]."

Patriarcal, heterossexual, hierarquizada, patrimonializada e matrimonializada, essa família singular representava a religiosidade que se pretendia incutir na sociedade pelo Direito imposto no Brasil.

Todavia, algumas estruturações que se engendravam na realidade mostravam-se indispostas a tal dogmática religiosa, dela, então, diferenciando-se. Sugeriam outras pretensões, outros propósitos, ainda que de maneira disforme. A constituição da família, para certo grupo, parecia dispensar a *bênção divina* e o próprio reconhecimento e amparo jurídicos. Eram as famílias informais, não oriundas do casamento, mas que de fato existiam.

A partir da Constituição de 1988, com o reconhecimento pelo próprio Estado de outras entidades familiares para além do casamento, da igualdade entre marido e mulher e entre os filhos, corolário lógico foi reconhecer que a família não podia ser mais encarada como uma unidade de produção, estruturada apenas para atender aos seus fins econômicos, políticos, religiosos e culturais como outrora. Caiu, então, o *modelo unitário* e *transpessoal* da família.

Definitivamente, o casamento deixou de ser sinônimo de família e vice-versa. Diante da pluralidade reconhecida, ele passou a ser apenas uma das espécies familiares possíveis. Por outro lado, o casamento também deixou de ser objeto

---

296 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família.* 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 34.

297 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família:* direito matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, v. 1, p. 91.

de proteção autônoma – colocada como uma realidade baseada em si mesma – e tornou-se funcional, ou seja, instrumento de promoção e desenvolvimento dos seus membros, realçando a pessoa e sua dignidade nas relações familiares.[298] [-299]

Portanto, a família é gênero do qual *uma* das espécies é o casamento. Este continua merecendo proteção do Estado; mas, a partir da Constituição de 1988, não detém mais a *mesma* tutela, nem a tutela *exclusiva*.

Encarado como uma categoria familiar, diante da nova concepção da família, o casamento merece ter o seu significado revisto e, em consequência, também sua disciplina jurídica.[300] Atualmente, o casamento firma-se mais na autonomia privada, na comunhão plena de vida, na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, sendo defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir nas relações familiares. Perdeu, portanto, a característica de instituição jurídica capaz de sobrepor-se à pessoa de cada um dos seus componentes para assumir a função de promover essas mesmas pessoas.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a família matrimonial contemporânea pode ser entendida como "a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente."[301]

Em princípio, talvez essa definição muito se assemelhe às anteriormente citadas, próprias do superado contexto moderno, sendo, tão somente, mais concisa. No entanto, exatamente porque abreviada e sucinta, aproxima-se mais do conteúdo hodierno que tal espécie de família reúne, já que, atualmente, a diversidade de sexos não mais constitui requisito à realização do casamento.

Quando se invoca que esta é a união que realiza uma integração fisiopsíquica, dá-se a impressão de que os cônjuges mantêm uma aliança verdadeira para com o outro de teor pessoal, anterior e principal ao caráter jurídico. Compromisso este que, baseado na autonomia privada, supõe-se ser reflexo da existência de afeto, sendo, ainda, o verdadeiro responsável pelo incentivo recíproco à formação das personalidades individuais.

O qualificativo permanente, por fim, arremata a significação. Ao se integrarem pessoalmente os cônjuges, na busca da realização mútua, eles o fazem com pretensão de manutenção. Isso em nada se confunde, porém, com a antiga indissolubilidade do casamento. Definido por indissolúvel, significava dizer que somente se extinguia pela morte de um dos cônjuges; ou seja, era vitalício. Defini-lo, agora, por permanente é caracterizá-lo como formação que, embora possa acabar,

298 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 352.

299 Para essa mudança, Paulo Luiz Netto Lôbo utiliza a expressão REPERSONALIZAÇÃO. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 4, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004, p. 151).

300 Mais esclarecimentos sobre essa mudança de perspectiva podem ser encontrados em: ALMEIDA, Renata Barbosa de. Invalidades matrimoniais: revisão de sua disciplina jurídica em face do novo conceito de família. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 89-117.

301 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 53.

não se volta para o término. Logo, dizer permanente a integração fisiopsíquica dos cônjuges é afirmar que ela se instala com o desígnio de conservação, ainda que possa vir a se frustrar por outro motivo que não a morte.

Em síntese, na família instituída pelo casamento, as pessoas, com fulcro na autonomia privada, reúnem-se em função de estabelecerem uma aliança hábil a fomentar a formação de sua personalidade. Dito de outra forma, casamento é, hoje, a união de duas pessoas que, baseadas na autonomia privada, instituem família por meio de um solene procedimento jurídico constitutivo, a partir do qual pretendem manter um elo conjugal estável e ostensivo, capaz de fomentar sua recíproca realização pessoal.

Apresentada a definição contemporânea da família matrimonial, resta estabelecer qual é a sua localização na teoria geral do direito, ou seja, qual é a natureza jurídica do casamento.

## 6.2 Natureza jurídica do casamento

A natureza jurídica de um instituto constitui um critério de interpretação que atua como referência externa em sua aplicação prática. Além disso, serve para delimitar o contexto que tal instituto deve seguir, orientando as suas linhas de evolução.

De acordo com Manuel Galdino da Paixão Júnior, para o estudo da natureza jurídica de um instituto, deve-se proceder da seguinte forma:

> Num primeiro passo, dirige-se a um imaginário quadro geral no qual se consagraram, definitivamente estratificados, institutos que a Teoria Geral do Direito bem definiu, como, para exemplificar, o contrato, a pena, a relação jurídica. Em seguida, após estudo bem detido da figura analisada, toma-se a entidade que se está a estudar passando a cotejá-la com a outra já colocada em observação. Do estudo comparativo e de efeito eliminatório sairá a classificação da natureza da figura pesquisada. A toda evidência, a resultado seguro nenhum se chegará, se não se penetrar no âmago, no íntimo do ser, ainda que se tenha honestidade intelectual bastante para admitir a possibilidade da transitoriedade do devaneio que se quer científico.[302]

Não é pacífico o entendimento sobre a natureza jurídica do casamento, até porque, o seu enquadramento vai variar de acordo com a época e o lugar. Três teorias tentam explicar a natureza jurídica do casamento: a contratualista; a institucionalista; e a mista, eclética ou híbrida.

### 6.2.1 Teoria Contratualista

Para essa teoria, a natureza jurídica do casamento é contratual, já que, como qualquer contrato, nasce de um acordo de vontades, com vistas a realizar os

302 PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 32-33.

objetivos dos contraentes, respeitadas as disposições legais, com o estabelecimento de direitos e deveres recíprocos. Todo esse conjunto de mútuos e recíprocos deveres gerados com a realização do casamento só encontra fundamento na noção de contrato. Não deixa de ser contrato pelo fato de ser regulado por normas próprias, algumas de ordem pública, que não admitem negociação em contrário, pois vários outros contratos também possuem essas características. Por isso, se diz que o casamento é um contrato especial, *sui generis* ou contrato de Direito de Família. São defensores dessa teoria: Caio Mário da Silva Pereira[303] e Sílvio Rodrigues.[304]

A natureza contratual foi reforçada com a entrada em vigor da Lei nº 11.441/07, que admite a desconstituição extrajudicial do casamento pela simples vontade das partes. Igualmente, a Emenda Constitucional nº 66/10 simplificou ainda mais o pedido de divórcio ao suprimir o requisito da prévia separação judicial ou de fato. De acordo com Tereza Cristina Monteiro Mafra, esse processo de sucessivas reformas acerca da separação e do divórcio, com o objetivo de simplificação das formas e de ressaltar a autonomia das partes, "pode ser apontado como um processo de distanciamento da natureza institucional do casamento."[305]

### 6.2.2 Teoria Institucionalista

Para os defensores da teoria institucionalista, a manifestação de vontade existente no casamento é apenas para aceitar as normas já preestabelecidas pelo Estado. Portanto, os contraentes não têm liberdade de negociar as regras do casamento, não podem discutir o conteúdo dos seus direitos e deveres. Não podem estabelecer, por exemplo, a não aplicação da presunção de paternidade estabelecida em lei (art. 1.597 do CC/02). Com isso, os consortes têm apenas a opção de aderirem ou não ao estado matrimonial que gera direitos e deveres já regulados por lei e que não admite negociação em contrário, por tratar-se de norma de ordem pública ou cogente. Maria Helena Diniz[306] é defensora dessa teoria.

Conforme estudado, o casamento já foi considerado uma instituição, uma entidade detentora de interesses próprios, exteriores e, mais do que isso, superiores aos dos seus membros. Pouco importava a satisfação pessoal dos sujeitos componentes da entidade. A harmonia familiar era entendida como a situação em que cada um dos seus membros cumpria a função que lhe era destinada, colaborando para o alcance dos fins patrimoniais. Contudo, essa concepção de casamento ficou no passado.

---

303 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 57.

304 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

305 MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Contratualização do casamento e simplificação das formas: questões relativas a estado civil e reconciliação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.9, n. 41, p. 66-78, abr./maio. 2007.

306 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 42.

Diante das características da família atual, torna-se difícil defender que o casamento possa representar uma realidade baseada em si mesma, uma instituição capaz de anular ou ignorar a pessoa e a autonomia privada dos seus membros.

### 6.2.3 Teoria mista, híbrida ou eclética

O casamento é concomitantemente um contrato na sua formação e uma instituição no seu conteúdo. Assim, essa teoria tenta conciliar as outras duas, ou seja, não nega a natureza contratual do casamento, pois a manifestação de vontade está presente na formação da sociedade conjugal, porém, uma vez realizado o casamento, fica evidente o seu caráter institucional, pois será regido por regras preestabelecidas pelo Estado, sem opção de mudança pelas partes. Tal teoria é defendida por Eduardo de Oliveira Leite,[307] Flávio Tartuce[308] e Flávio Augusto Monteiro de Barros.[309]

Aqui, também, pelo menos em parte, evidencia-se a instituição que se sobrepõe aos familiares e, por isso, tal teoria mostra-se equivocada.

### 6.2.4 A teoria mais adequada

Por todos os fundamentos apresentados, defende-se, na presente obra, que o casamento é um negócio jurídico *sui generis*, por se formar a partir do consenso dos nubentes e por ter efeitos *ex lege* e efeitos *ex voluntade*.

O artigo 1.514 do Código Civil em vigor determina que "o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados." Note-se que dois fatores se mostram presentes, quais sejam, o encontro de consentimento dos nubentes – isto é, o acordo de vontades – e, em função deste, a intervenção da autoridade pública para declarar que se institui a família matrimonial.

De fato, pois, o casamento só se realiza porque assim pretendem e se manifestam os noivos. O consenso parece ser um elemento crucial – ainda que talvez não seja o único – do qual decorrem a família e seus respectivos efeitos jurídicos. Ainda que a declaração do agente público seja um ato necessário, não é o que dá causa ao casamento. Tanto assim que, na falta do acordo de vontades manifesto, nada há para se declarar. Entendido dessa forma o matrimônio, fica fácil verificar que a situação coincide com a ideia de negócio jurídico bilateral.

Por definição, negócio jurídico "é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui efeitos designados como queridos,

---

307 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5, p. 50.

308 TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito de família. v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 54.

309 BARROS, Flávio Augusto Monteiro. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 25.

respeitados os requisitos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide."[310] É bilateral, porque depende do encontro de duas vontades voltadas para o mesmo objetivo.

Ocorre que um negócio jurídico bilateral – numa palavra, um contrato – em geral abrange conteúdo eminentemente econômico. A patrimonialidade lhe é própria e justifica, inclusive, seu tratamento pelo direito das obrigações. O casamento, por sua vez, ainda que também congregue aspectos dessa natureza, a eles não se resume. Embora sempre presentes, tais aspectos são tangenciais. O cerne é composto por fatores de natureza existencial. Superada a conotação patrimonial, a família matrimonial sustenta-se na tentativa de resguardar as pessoas que a constituem e, sendo assim, não se lhe pode aplicar disciplina equivalente à destinada aos acordos de objetivos econômicos.

> [...] ninguém pode contestar, é um contrato especial, que muito se distingue dos demais contratos, meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só giram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais. [...] Por tudo isso se verifica a natureza especial das relações de Direito de Família e a delicadeza de toda matéria por ele abrangida, de interesse vital para a própria organização social e sua boa ordem.[311]

O fato de envolver, sobretudo, interesses existenciais, justifica, então, porque o casamento, a um só tempo, envolve efeitos *ex voluntade* e *ex lege*.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, a vontade ganha realce nesse negócio jurídico por ser o homem livre para decidir, por si, que rumo deve tomar a sua vida, fazendo seu próprio caminho. O desenvolvimento da sua personalidade – pretensão inerente às formações familiares – depende dessa autonomia e da consequente assunção de responsabilidade. Logo, a permissão de exercício da liberdade na eleição de certas consequências matrimoniais – efeitos *ex voluntade* – é mesmo necessária. Sem qualquer margem de decisão, a autenticidade da formação pessoal dos cônjuges certamente ficaria comprometida.

Por outro lado, esse mesmo pressuposto justifica preservar, também hoje, o contrato de casamento efeitos *ex lege*. Porque fundado na proteção das pessoas, alguns aspectos, considerados elementares, são suprimidos da disposição das partes, sendo determinados, de maneira cogente, por lei. Daí já se ter dito que "[...] a ninguém é concedido o direito de discutir com o celebrante o conteúdo dos direitos e deveres [...]."[312-313] Essa afirmativa, porém, deve ser bem compreendida.

---

310 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

311 SANTOS, J.M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado.* 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. 4, p. 10-11.

312 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 59.

313 Nas palavras de Paulo Lins e Silva, "[...] podemos afirmar que a intervenção do Estado como elemento da conversão da volição das partes na consagração do ato jurídico do casamento, o contrato que dá origem a tal ato sendo fixo, regrado e sem a oportunidade de discussão ou divergência dos que o integram, concluímos que o casamento pode ser considerado também

Admitir que, como consequência inevitável da família matrimonial, se imponham direitos e deveres aos cônjuges, a despeito da concordância deles, não pode ser entendido como outrora. O conjunto de consequências indisponível à vontade dos cônjuges não pode ser recurso para exigir deles a realização de funções e o cumprimento de certos objetivos que eles não tenham escolhido. Se a família é o recurso hábil para realização pessoal – por si mesma, individual –, a conformação desse recurso deve ser fruto de livre decisão das partes e, nesse sentido, merecedor de respeito jurídico. Vale insistir que "é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família" (art. 1.513 do CC/02). O argumento que justifica a intervenção legal impositiva é evitar que os próprios cônjuges se arrisquem ao elegerem efeitos que possam ofender a sua preservação e proteção pessoal. Esse deve ser o limite garantidor da constitucionalidade dos efeitos matrimoniais que a lei determina imperativamente.

Enfim, diante das peculiaridades que giram em torno do casamento, seja na sua formação, seja na projeção de sua eficácia, parece realmente mais acertado considerá-lo um negócio jurídico *sui generis*.

## 6.3. Características do casamento

### 6.3.1. Liberdade na escolha do nubente

Mesmo nos casamentos que dependem do consentimento dos representantes legais ou de autorização judicial, a liberdade de escolha do nubente deve ser respeitada. A livre manifestação de vontade é elemento fundamental do casamento, como o é em toda e qualquer entidade familiar. Trata-se de consubstanciação do princípio da autonomia privada nas relações existenciais.

### 6.3.2. Ato personalíssimo (?)

Casamento é ato personalíssimo, não admite assistência e nem representação. Não é possível se casar com base em decisão de outra pessoa ou mediante a sua assistência. O consentimento há de ser próprio, não alheio, por se tratar de situação jurídica subjetiva e, pois, naturalmente, pessoal e intransmissível.

Embora lógico, e amplamente repetido pela doutrina, esse raciocínio não parece se ajustar muito bem à sistemática normativa nacional, quando analisado cuidadosamente. Basta atentar para os enunciados legais que tratam da constituição matrimonial para se deparar com situações, admitidas, contrárias a esse pressuposto. A rigor, nem o casamento do menor, nem o casamento por procuração atendem à regra da pessoalidade do ato matrimonial. Em ambas as hipóteses, há a presença de um terceiro a intermediar ou influir na realização do casamento.

---

sob essa ótica num contrato de adesão". (SILVA, Paulo Lins e. O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e cidadania:* o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 357, grifo nosso.)

No primeiro caso, a explicação parece estar no fato de a capacidade núbil não coincidir com a capacidade civil de fato. Assim, o raciocínio exposto a respeito da independência e pessoalidade do ato não se aplica, com perfeição, ao menor de 18 anos, nubente com idade núbil. Afinal, a validade do casamento deste está condicionada não apenas à sua vontade livre, mas também à autorização de seus pais ou de seu tutor ou, ainda, do suprimento do consentimento pelo juiz quando a denegação for injusta. Nessas circunstâncias, portanto, parece inegável que a volitiva de terceiro é interveniente no ato matrimonial; e o é de forma decisiva, posto ser pressuposto de validade. A falta de permissão dos pais ou do tutor para o casamento do menor em idade núbil inviabiliza sua formação válida. Isso autoriza dizer que o matrimônio desse incapaz de fato não resguarda perfeito teor personalíssimo, já que o consentimento necessário ao ato não se resume ao próprio nubente, mas se estende a seu(s) responsável(is) legal(is).

Ao tentar explicar essa incoerência, manifesta-se, assim, Pontes de Miranda:

> [...] os pais, os tutores, ou curadores, assentem no casamento, não representam, nem assistem, pois a capacidade matrimonial é completa, e o assentimento, que se faz mister, é simples formalidade, com que se cerca de cautela o ato matrimonial, assim como precisa o marido, para a alienação de certos bens, do assentimento da mulher, ou vice-versa.[314]

Não se pode concordar com o jurista, porém. A necessidade de aquiescência dos pais ou do tutor para o matrimônio do menor não equivale à mera formalidade cautelar. Fosse assim, sua falta não geraria consequência tão séria quanto a invalidade do casamento. O consentimento do(s) responsável(eis) legal(is) é mesmo imprescindível à conclusão do matrimônio do menor. Tanto assim que, caso o menor se case sem a aquiescência de seus pais ou de seu tutor, poderá qualquer destes invalidar o casamento, obstando, dessa forma, que essa família persista e gere os respectivos efeitos jurídicos.

A somar, não se entende razoável a equiparação feita por Pontes de Miranda para afastar a qualidade de assistência da manifestação volitiva do(s) responsável(eis) legal(is) no casamento do relativamente incapaz. A aquiescência desse(s) sujeito(s) não pode ser comparada à outorga conjugal, por vezes necessária. A outorga é um ato volitivo concedido em nome próprio, na defesa de interesses próprios, e é exigida em atos estritamente patrimoniais. Assim, em nada se assemelha à concordância dos pais ou do tutor do menor, requerida no ato constitutivo matrimonial. O casamento não é, em essência, ato de alienação de bens e, portanto, não guarda qualquer semelhança com este, em termos de legitimação. O(s) assistente(s) do incapaz menor age(m) em seu nome e em seu favor ao permitir ou negar o casamento. Isso explica o fato de ser possível discutir a correção da discordância desse terceiro, quando ela existir. A ação de suprimento de consentimento serve para reverter esta negativa, quando qualificada injusta por não se mostrar coerente com os interesses do incapaz menor.

---

314 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família:* direito matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, v. 1, p. 201.

A segunda situação que contraria a dita natureza personalíssima do ato do casamento é a permissão legal do matrimônio por procurador. É admissível que um ou ambos os nubentes não se apresentem pessoalmente na cerimônia do próprio casamento, fazendo-se representar por alguém que emitirá seu consentimento em seu nome.

Mais uma vez, então, o ato constitutivo matrimonial não parece apresentar teor personalíssimo, vez que acontecerá, regularmente, a despeito de não se apresentar(em) o(a)(s) noivo(a)(s), em pessoa, conforme será estudado adiante.

Em vista de tudo isso, a conclusão que se mostra razoável requer que se dissocie o ato constitutivo do casamento e a relação matrimonial em si que ele cria.

Pelo demonstrado, soa forçoso admitir que a conjuntura normativa brasileira não considera personalíssima a solenidade instituidora do casamento, vez que, de um lado, impõe a concordância do(s) responsável(eis) legal(is) do menor para sua validade e, de outro, permite a emissão do consentimento por representante voluntário, no casamento por procuração.[315]

A relação matrimonial, por sua vez, esta sim, uma vez edificada, guarda natureza personalíssima. A condição de cônjuge e as titularidades, de direitos e deveres, daí advindas são exclusivas e intransmissíveis, a admitir apenas e tão-somente sua realização pessoal. Ainda que pretendam, nem o marido, nem a esposa podem delegar esse *status* a terceiro; da mesma forma, não podem transferir a alguém a titularidade ou o exercício dos direitos e deveres conjugais – como mútua assistência ou fidelidade, por exemplo.

Esse raciocínio parece se aplicar muito bem a qualquer casamento, inclusive às duas hipóteses-problema trabalhadas. O menor, uma vez casado, emancipa-se e, dessa maneira, torna-se plenamente capaz de exercer, com autonomia, seus direitos e deveres, dispensando qualquer interferência alheia no cumprimento dos deveres e na exigência dos seus direitos matrimoniais. No casamento por procuração, o(a) nubente, que se fez representar por mandatário na cerimônia matrimonial, também é pessoalmente responsável pelos deveres conjugais assumidos e titular personalíssimo dos direitos auferidos, vinculando-se direta e independentemente ao outro cônjuge. O mandato não pode ter por conteúdo a outorga da titularidade ou do exercício das prerrogativas inerentes ao vínculo matrimonial.

### 6.3.3 Solenidade

O casamento, para produzir efeitos jurídicos, deve ser celebrado de acordo com as formalidades descritas em lei. A propósito, essa é a peculiaridade de maior destaque a distingui-lo das demais famílias: cria-se por intermédio do Direito. Tem-se o processo de habilitação dos nubentes e a publicação dos editais, a realização da cerimônia e, por último, a sua inscrição no registro público. Por isso, se diz que é um ato formal, solene. A falta desse caráter poderá gerar a declaração de inexistência matrimonial, como ocorre na hipótese de falta de celebração. Portanto,

315 Como ato verdadeiramente personalíssimo, cita-se o testamento, pois em nenhuma hipótese admite assistência ou representação na sua elaboração.

nesse aspecto, diferente é o efeito da violação de formalidade exigida em lei no casamento, se comparado com o que se dá na prática dos demais negócios jurídicos (art. 166, V, do CC/02).

Registre-se, de todo modo, que a solenidade típica do casamento tem sofrido, contemporaneamente, alguma adaptação, como a permissão para celebração por videoconferência, conforme se explica em pormenor no item 6.13.5.

## 6.3.4 Diversidade de sexos (?)

Até pouco tempo, de acordo com a doutrina[316] e a jurisprudência majoritárias, no Brasil, a diversidade de sexos entre os cônjuges era requisito indispensável para garantir que o ato fosse existente e válido. O Estado brasileiro não reconhecia o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O matrimônio realizado entre pessoas do mesmo sexo, casamento não era, tratava-se de um ato inexistente, incapaz de produzir os efeitos jurídicos. Essa era a posição predominante na doutrina e na jurisprudência pátrias.

A justificativa era uma só: o casamento sempre foi posto por heterossexual por ser uma entidade familiar voltada para a perpetuação da espécie. Conforme Orlando Gomes, "o direito de família organiza relações humanas que derivam do instinto de reprodução. É, em síntese, a disciplina da sexualidade."[317]

Os cônjuges hão de formar um casal para alcance dessa meta. O Direito Canônico disciplinou o casamento pautado, essencialmente, em três elementos: seu caráter sacramental, a indissolubilidade e a cópula. A relação sexual entre os consortes era considerada um dever, pois indispensável à consecução do fim maior: a procriação. Como o regime jurídico do Código Civil de 1916 foi pautado no Direito Canônico, outro não poderia ser o entendimento: a diversidade de sexos é elemento essencial para o casamento.

Ocorre que a procriação não pressupõe mais a conjugalidade, nem a sexualidade. Pode ocorrer sem estas, como na adoção ou na reprodução assistida, conjunta ou individualmente. Em contramão, e complementarmente, também podem conjugalidade e sexualidade se mostrarem dissociadas da procriação. Quando o sistema jurídico separa o estado de filho do estado civil dos pais, admite isso.[318] Logo, torna-se discutível a plausibilidade de se manter a heterossexualidade do casamento como uma característica realmente elementar.

De acordo com João Baptista Villela,

> no ambiente dessacralizado e pluralista das sociedades ocidentais contemporâneas, soa inaceitável o estabelecimento de restrições de direito em razão de preferências

316 Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6, p. 28; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 64-65.

317 GOMES, Orlando. *A crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 198.

318 CF/88. Art. 227. §6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

> ou inclinações sexuais. Se a isso se ajuntar a circunstância de que o casamento deixou de ser um instituto preordenado à reprodução, para se constituir essencialmente em espaço de companheirismo e de camaradagem, era natural que se definisse a demanda pelo reconhecimento legal da união entre parceiros do mesmo sexo.[319]

Na mesma direção, Luiz Edson Fachin considera equivocada a base de formulação doutrinária e jurisprudencial acerca da diversidade de sexos como pressuposto do casamento. Segundo o autor,

> a matéria desborda dessa seara e não pode ser vista à luz da conhecida teoria da inexistência matrimonial, na qual fortes são os preconceitos e a rigidez. Tal argumento não pode ser subterfúgio para negar, num outro plano, efeitos jurídicos às associações afetivas de pessoas de mesmo sexo.[320]

Torna-se imperioso atualmente desvincular, definitivamente, o casamento civil da religião. O Brasil é um Estado laico (art. 19 da CF/88). O art. 3º, IV, da Constituição de 1988, estabelece que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito ou qualquer outra forma de discriminação. Parece não existir outra explicação, senão o preconceito, para impedir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.[321]

O curioso é que, no Brasil, a doutrina e alguns julgados, há algum tempo, reconhecem as uniões homoafetivas como entidade familiar e, por falta de regulamentação por parte do Estado, fazem o uso da analogia e aplicam as leis que regulamentam a união estável entre o homem e a mulher àquelas uniões. Diante desse quadro, questionava-se: por que não admitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo?

Mesmo que o Código Civil brasileiro vedasse o casamento entre pessoas do mesmo sexo – o que, em hipótese nenhuma, pode ser verificado no texto legal –, ainda assim, diante da Constituição de 1988, com base nos princípios da liberdade e da igualdade, defensável seria o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Reconhecida como entidade familiar, não cabe ao intérprete limitar a sua forma de constituição em razão do sexo dos envolvidos. Ao Poder Judiciário não cabe adotar uma postura religiosa no trato dessa questão. Roberto Arriada Lorea faz a seguinte reflexão:

> Digamos que se pretendesse estabelecer que o casamento estivesse regrado tão-somente para pessoas brancas, portanto devendo as pessoas negras aguardar uma futura regulamentação da matéria, a qual viria a definir os termos do casamento entre negros. À evidência, tal hipótese repugna a consciência jurídica. O mesmo,

---

319 VILLELA, João Baptista. As novas relações da família. *In*: *Anais da XV Conferência Nacional da OAB em Foz do Iguaçu*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 642.

320 FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 126.

321 Em ordem cronológica, alguns países que já regulamentaram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: Holanda (2001), Bélgica (2003), Espanha e Canadá (2005), África do Sul (2006), Noruega e Suécia (2009), Portugal e Argentina (2010).

> todavia, parece não acontecer quando a discriminação se dá por força da orientação sexual.[322]

Somente uma construção hermenêutica muito sólida, baseada sobretudo nos princípios da igualdade, da liberdade, da intimidade e da vida privada, poderia vencer o preconceito existente quanto ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Por todo o exposto, parece lícito concluir que, embora o casamento tenha se transformado, em função das consideráveis alterações sociais que lhe impuseram um novo significado, ele ainda não teve sua disciplina jurídica adaptada. A existência de descompassos entre a organização proposta pelo sistema jurídico e o universo fático que se pretende organizar é flagrante. E, com isso, também ficam evidentes as violações ao paradigma, eleito constitucionalmente, de proteção à pessoa humana e de instauração de um Estado Democrático de Direito.

Não se vinha permitindo às pessoas do mesmo sexo promoverem escolhas que dissessem respeito ao seu projeto de vida, no qual se inclui, decisivamente, a formação familiar de natureza matrimonial. A pluralidade vinha sendo negada por essa organização normativa existente. É preciso reconhecer que "só permitindo a inclusão de projetos de vida diversos em uma sociedade pluralista é que ela pode se autocompreender como uma sociedade democrática."[323]

> Sendo a família a base da sociedade, mudanças nela geram mudanças sociais. Quanto mais famílias democráticas, maior o fortalecimento da democracia no espaço público e vice-versa. Além disso, e evidentemente, quanto mais democracia houver nos pequenos grupos, mais democrática será a sociedade na qual elas coexistem.[324]

Felizmente, a partir do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável entre pessoas do mesmo sexo (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132), alguns juízes, com fulcro nos princípios da igualdade e da liberdade, começaram a autorizar a conversão da união estável homoafetiva em casamento. Além disso, utilizam como argumento o fato de o comando do Supremo Tribunal Federal determinar a aplicação, à união estável entre as pessoas do mesmo sexo, das mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. Logo, a possibilidade de conversão da união homoafetiva em casamento representa um corolário lógico. Nesse sentido, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.183.378/RS, por maioria, reconheceu a possibilidade de habilitação de pessoas do mesmo sexo para o casamento civil.

---

322 LOREA, Roberto Arriada. O amor de Pedro por João à luz do direito de família: reflexões sobre o "casamento gay". *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 31, p. 31-38, ago./set. 2005.

323 GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença:* o estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 210.

324 MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e dignidade humana.* São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 619.

Apesar disso, ainda havia quem se deparasse com dificuldades quando se apresentava perante determinados serventias extrajudiciais para se habilitar ou para converter sua união estável em casamento. O reconhecimento da união estável homoafetiva pelo STF e as crescentes decisões judiciais favoráveis à habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo não significaram imediata, nem unânime, adesão dos Oficiais de Registro Civil. Muitos procedimentos foram negados até que o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, pela qual, "é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo."

Diante disso, é acertado dizer que, ainda que o tema não tenha sido expressamente regulamentado, isto é, ainda que não haja lei em vigor, o casamento entre pessoas do mesmo sexo pode ser celebrado no Brasil, sendo vedadas quaisquer oposições por parte das autoridades competentes.

Por fim, em novembro de 2015, foi aprovado o Enunciado 601 na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.514. É existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

### 6.3.5 União permanente

Significa que não há prazo preestabelecido de validade. O casamento é um negócio jurídico puro e simples, não admite condição, termo ou encargo. De acordo com Roberto de Ruggiero,

> é da própria natureza dos atos que resulta não poderem eles submeter-se a condições nem termos; trata-se de atos que criam estados pessoais, e o estado pessoal exige certeza e duração, pelo que se opõe a tais requisitos fazer com que dependa de fatos incertos ou que dure só por certo tempo.[325]

Em princípio, quando se realiza o casamento, este é feito por toda a vida de forma persistente e consistente, sem prazo determinado ou qualquer condição. No entanto, nada impede que o casamento, com fulcro na autonomia privada, possa ser desfeito depois de realizado.

### 6.3.6 União exclusiva

A família, em geral, socialmente verificada, pode se apresentar monogâmica ou poligâmica. Monogâmica quando a união se dá entre *duas pessoas*. Já a poligâmica ocorre quando a união se dá entre *um* homem e *várias* mulheres (poliginia) ou *uma* mulher e *vários* homens (poliandria). Portanto, poliginia e poliandria são espécies de poligamia.

---

325 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, v. 2, p. 39.

Não é permitido, pelo sistema jurídico nacional, que uma única pessoa se case mais de uma vez, de maneira simultânea ou mesmo sucessiva. Prevalece no Brasil, face ao dever de fidelidade no casamento e de lealdade na união estável, o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que não é possível reconhecer duas entidades familiares concomitantes. Entretanto, conforme já trabalhado no item 3.5, defende-se nesta obra que, diante de toda reformulação sociojurídica pela qual passou a família, superando, especialmente, a preponderância do teor patrimonialista, e diante da instalação de um Estado laico, a monogamia não é princípio jurídico – entendido como um dever-ser –, mas um valor.

Como valor, não serve de padrão obrigatório a ser seguido por todos. A escolha pela adoção, ou não, da monogamia, é reservada aos envolvidos. Como o conteúdo normativo é ditado pela prática social, tal valor pode ser selecionado intersubjetivamente. Nessa hipótese – e tão somente nela – , o Direito deverá disciplinar suas consequências.

### 6.3.7 Dissolubilidade

Com o objetivo de preservação do patrimônio, e em respeito ao dogma religioso, o casamento foi, por muito tempo, indissolúvel pela vontade das partes. Até 1977, no Brasil, a única forma de colocar fim a um casamento válido era por meio da morte de um dos cônjuges. Por isso, afirmava-se que o casamento era vitalício. A volitiva dos cônjuges era hábil apenas para requerer a anulação matrimonial, a qual, por sua vez, dependia da demonstração de um vício existente – aspecto alheio ao mero querer do solicitante.

A Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, aboliu o princípio da indissolubilidade do matrimônio. O divórcio foi regulamentado com a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, tornando-se ele, ao lado da morte, a outra forma possível de colocar fim a um casamento válido.

Em função das resistências religiosas apresentadas na promulgação dessa legislação, porém, criou-se o instituto intermediário da separação judicial – mera atualização do antigo desquite. Assim, a situação definitiva do divórcio foi amenizada com a possibilidade primária de extinguir apenas a sociedade conjugal, mantendo entre marido e mulher o elo central do casamento, qual seja o vínculo conjugal.

Esse sistema binário, ou seja, separação e divórcio, já não se justificava mais diante do princípio do livre desenvolvimento da personalidade. O raciocínio é simples: a liberdade deve estar presente na constituição e, também, na desconstituição do casamento, sem qualquer limitação temporal ou outra condição.

Nesse diapasão, a Emenda Constitucional nº 66/10 passou a permitir que os cônjuges, com fulcro na autonomia privada, peçam diretamente o divórcio, sem qualquer prazo ou condição.

### 6.3.8 Regido por normas de ordem pública

As normas que regulam o direito das famílias e, principalmente, os aspectos atinentes ao casamento são, em sua maioria, normas de ordem pública ou cogentes, contudo, não quer isso dizer que não haja espaço de autodeterminação nas relações familiares.

Não resta dúvida de que o poder de as pessoas se autodeterminarem nos negócios jurídicos e situações subjetivas patrimoniais (direitos de crédito, reais e intelectuais) é amplo. Aliás, o principal campo de aplicação da autonomia privada é o direito obrigacional. Entretanto, apesar de limitado o papel da vontade, nos negócios jurídicos e nas situações subjetivas não-patrimoniais (direitos da personalidade ou pessoais),[326] as partes também têm a possibilidade de criar regras próprias em função dos seus interesses, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico. A liberdade das pessoas tem importante significado não só nos negócios e situações patrimoniais, mas também em matérias que envolvem situações existenciais.[327] Assim, com fulcro nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade, o exercício da autonomia privada, apesar de limitado por normas de ordem pública, não só é possível como deve ser incentivado nas questões que versam sobre o casamento.

## 6.4 Finalidades do casamento

Não é possível mais considerar o casamento como instituição que está acima dos seus membros. Por isso, várias das finalidades do casamento, defendidas ainda hoje por alguns autores, não se justificam, ou melhor, não se sustentam diante da nova concepção de família.

A procriação, por exemplo, não pode ser mais considerada finalidade do casamento, em geral. A ausência de filho ou da pretensão de tê-lo num casamento não afeta a família já instituída e protegida pelo Estado. Não deixa de ser entidade familiar o casamento sem filhos. O livre planejamento familiar é garantido constitucionalmente (art. 226, §7º) e deve ser exercido com base na dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Conforme atesta Eduardo de Oliveira Leite, “no texto constitucional de 1988 é nítido o sério esforço no sentido de reduzir o campo das imposições, alargando o espaço das liberdades [...].”[328]Portanto, ter filhos ou não deve ser uma decisão livre do casal.

---

326 A distinção entre direitos patrimoniais e não-patrimoniais não é absoluta. Além disso, nem todos os institutos de direito de família são extrapatrimoniais. São institutos familiares pessoais o casamento, a filiação, o poder familiar, a adoção, a tutela, a curatela, entre outros. Já os institutos familiares patrimoniais são o regime matrimonial de bens e os alimentos.

327 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17-19.

328 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*: a situação jurídica de pais e mães

Ainda sobre este ponto, é importante considerar que o planejamento familiar é de titularidade individual e exercício compartilhado, no casamento. Dessa forma, eventuais dissensos não podem ser empecilho para tomadas de decisão sobre o próprio corpo procriativo. Essa ideia, já há algum tempo defendida em literatura, ganhou recente espaço na legislação nacional. Em 02 de setembro de 2022 foi promulgada a Lei nº 14.443, a qual inaugurou uma mudança significativa: a partir da sua entrada em vigor, fica revogada a norma precedente que exigia consentimento do cônjuge, caso o homem casado ou a mulher casada opte pela própria esterilização.

Outro absurdo é considerar como finalidade do casamento a legalização das relações sexuais entre os cônjuges.[329] Afinal, o que tem de ilegal no intercâmbio sexual realizado fora do casamento? A ocorrência de relações sexuais não é essencial ao casamento, não se podendo ainda hoje falar em débito conjugal.[330] Tanto assim que não gera invalidade o casamento daquele que sofre de impotência instrumental, se do conhecimento do outro cônjuge ao casar-se.

Em síntese, parece claro que tal estruturação juridicamente formulada a respeito das finalidades do casamento é avessa à tentativa de proteger a pessoa e o desenvolvimento de sua personalidade. Afinal, em sede onde as opções pessoais eram vedadas, em prol da manutenção de um modelo imposto de papéis e escopos a serem seguidos, não se poderia afirmar que a autorrealização fosse garantida.

Nessa feita, se, por um lado, foi modificada a acepção da família, e se o casamento foi colocado como uma de suas espécies, faz-se necessário reformular o que se entende por finalidade dele. Ser entidade familiar leva a crer que o estabelecimento de uma comunhão plena de vida, com fulcro na autonomia privada, capaz de garantir o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros, é a finalidade que se pode reconhecer ao casamento.

## 6.5 Esponsais (promessa de casamento)

Por força da Lei de 6 de outubro de 1784, o casamento, no Brasil, podia ser precedido de esponsais. Tratava-se de uma promessa formal de casamento, estabelecida entre um homem e uma mulher para se casarem em determinado prazo. O contrato esponsalício era feito por escritura pública, assinada pelos contraentes, por seus pais, e na falta destes, pelos tutores ou curadores, e por duas

---

solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17.

329 De acordo com Maria Helena Diniz, a legalização das relações sexuais é uma finalidade do casamento, "pois dentro do casamento a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência; a aproximação dos sexos e o convívio natural entre marido e mulher desenvolvem sentimentos afetivos recíprocos." (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 39.)

330 Em defesa dessa posição, encontra-se MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família. *In*: IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anais*... Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=4&anais. Acesso em: 10 jul. 2009. No sentido contrário, advoga SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Débito conjugal. *In:* IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anais*... Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=4&anais. Acesso em: 10 jul. 2009.

testemunhas ao menos.[331] A obrigação resultante dos esponsais autorizava a cada um dos contraentes a exigir o cumprimento da promessa feita ou a pedir a reparação devida pela quebra injustificada da promessa.

Tendo em vista que o casamento é assentado na vontade livre dos contraentes, podendo o arrependimento se dar até a sua celebração, impõe-se reconhecer que atualmente o ordenamento jurídico não mais admite a promessa formal de casamento, ou seja, os antigos esponsais. Por isso, já em 1890, o Decreto nº 181 não contemplou a figura dos esponsais, banindo tal instituto do ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil de 1916, bem como o Código Civil de 2002, também nada dispôs a respeito dos esponsais.

Entretanto, apesar de o contrato esponsalício ter sido banido do sistema normativo nacional e o rompimento do noivado ser uma faculdade inerente à característica do próprio casamento – a liberdade na escolha do nubente –, admite-se a possibilidade de reparação por danos causados pelo rompimento de noivado, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil: ato ilícito, dano e nexo causal.[332]

### 6.5.1 Devolução dos presentes

Os presentes ofertados aos noivos ou pelos noivos entre si, por ocasião do casamento, equivalem a uma doação sob condição suspensiva, sendo o advento do elo conjugal o evento futuro e incerto limitante da eficácia contratual. Assim, se o casamento não se realizar por um motivo qualquer, os presentes, mesmo que já entregues, deverão ser devolvidos, pois foram doados em razão do casamento previsto. Com a inocorrência do casamento, a doação perde o efeito, é o que estabelece o art. 546 do Código Civil.

## 6.6 Casamentos civil e religioso

Todas as religiões consideram o casamento como fato de extrema importância. A forma de intervenção do elemento divino no casamento, bem como as suas condições de validade, é regulada de maneira diferente em cada religião. O cristianismo, por exemplo, considera o casamento um sacramento e, também, um contrato natural, decorrente da natureza humana. Suas normas não podem ser alteradas e, por isso, o casamento, no cristianismo, é tido como perpétuo e indissolúvel.

Considerando os efeitos que são produzidos na vida de qualquer sociedade, o casamento, além de interessar às diversas religiões e credos, interessa sobremaneira ao próprio Estado.

---

331 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russel, 2003, p. 41.

332 Tal hipótese será mais bem analisada no Capítulo 17 desta obra, inserida na problemática da responsabilidade civil nas relações familiares.

No Brasil, até o ano de 1861, só se admitia o casamento religioso católico. Entretanto, já naquela época, o monopólio do casamento, exercido pela Igreja Católica, não se justificava diante da diversidade de seitas religiosas presentes no território brasileiro. Por isso, a Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, passou a permitir o casamento dos acatólicos, desde que celebrados conforme os usos e as prescrições das religiões dos contraentes. Portanto, mesmo após a Lei de 1861, o casamento, no Brasil, continuou a ser religioso, pois obrigatoriamente deveria ser celebrado por padres da Igreja Católica ou por pastores de outras religiões. A igreja, portanto, detinha o monopólio da jurisdição matrimonial.

A separação entre a Igreja e o Estado foi efetivada em 7 de janeiro de 1890, pelo Decreto nº 119-A, que garantiu a liberdade de culto, e pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil. Constitucionalmente, o casamento civil foi consagrado pela Constituição de 1891 que, em seu art. 72, § 4º, estabeleceu que “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. A partir dessa data, no Brasil, operou-se a secularização[333] no matrimônio e o casamento passou a ser civil. Foi a Constituição Republicana de 1934 a primeira a permitir o casamento religioso com efeitos civis.

Atualmente, de acordo com a legislação em vigor no Brasil, só há um tipo de casamento válido, o civil. É possível afirmar que o Estado detém o monopólio para promover a juridicidade do casamento, pois sem a sua participação não há casamento. O chamado casamento religioso só irá produzir efeitos jurídicos diante da chancela do Estado. O processo de habilitação é obrigatório e o registro civil é formalidade essencial.

Assim, como fato religioso, o casamento continua sendo competência exclusiva da Igreja. O Estado não pode interferir nas normas religiosas acerca do casamento. Por isso, nada obsta a que uma religião que não reconhece o divórcio se recuse a efetuar o casamento da pessoa divorciada. Da mesma forma, um casamento exclusivamente religioso não é nulo nem anulável, e sim, inexistente perante o Estado. Por isso, o casamento religioso que ainda não foi inscrito no registro civil não constitui impedimento matrimonial para a celebração de casamento civil.

Já como ato civil, o casamento é da competência exclusiva do Estado. Para todas as pessoas, a celebração é gratuita e, para as pessoas pobres no sentido legal, também a habilitação, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumento e custas. Basta apenas que a pobreza seja declarada, sob as penas da lei (art. 1.512, parágrafo único, do CC/02).

## 6.6.1 Casamento civil

Ao Estado, com exclusividade, cabe regular a forma, as condições de validade e os efeitos do casamento. O Estado brasileiro, que é laico,[334] não pode exigir que os

---

333 Transformação de instituições que estavam sob o domínio religioso, para o regime leigo. No caso, o casamento que era subordinado ao Direito Canônico passou a ser subordinado ao Direito Civil.

334 Independente em face de qualquer confissão religiosa.

contraentes se casem segundo as regras de uma religião. A observância das regras religiosas, ou não, deve ser fruto da liberdade de consciência.

Portanto, para o Estado, o casamento é ato meramente civil, sem qualquer caráter religioso, ou seja, preenchidos os requisitos legais, poderá ser realizado por qualquer ateu ou crente.

## 6.6.2 Casamento religioso com efeito civil

O casamento perante ministro religioso produzirá os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no registro civil.

O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração (art. 1.515 do CC/02). Portanto, para que o casamento religioso produza efeito de casamento civil, imprescindível é a participação do representante do Estado para que se efetue o seu registro, que, por determinação legal, submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

São duas as hipóteses de casamento religioso com efeito civil, dependendo do momento em que se dá o processo de habilitação do casamento na serventia extrajudicial, se anterior ou posterior à celebração religiosa.

Na primeira hipótese, o casamento religioso com efeitos civis é celebrado por autoridade religiosa, à vista da certidão de habilitação passada pelo Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais. O processo de habilitação é o mesmo do casamento civil, mas a certidão de habilitação, que tem eficácia de noventa dias, a contar da data em que foi extraída, é enviada ao celebrante, autoridade ou ministro religioso, e depois do casamento é feita a inscrição do termo do casamento religioso no livro B-Auxiliar (arts. 71 a 75, da Lei nº 6.015/73)[335]. O prazo para o registro, contado da data da celebração religiosa, é de noventa dias. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

A outra hipótese de casamento religioso com efeitos civis dá-se, inicialmente, sem a participação do Estado, ou seja, é feita primeiro a celebração religiosa. No entanto, para que opere os efeitos civis, as partes devem ir à serventia extrajudicial para se submeterem ao processo de habilitação, e, posteriormente, ser aquela cerimônia religiosa reconhecida como casamento civil. Na hipótese de uma das partes falecer antes de o casamento religioso ser reconhecido, não se pode mais requerer os efeitos civis (art. 1.516, § 2º, CC/02), mas apenas o reconhecimento de uma união estável, se for o caso.[336] Assim, o casamento religioso, celebrado sem o

335 A Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019, incluiu o parágrafo único ao artigo 75 da Lei nº 6.015/73 prescrevendo que “O oficial de registro civil comunicará o registro ao Ministério da Economia e ao INSS pelo Sistema Nacional de Informações de Registro Civil (Sirc) ou por outro meio que venha a substituí-lo.”

336 Ementa: Condição para o registro é a apresentação pelos nubentes da prova do ato religioso e documentos exigidos pelo código civil, com o consequente requerimento. Se um dos parceiros do casamento é falecido, torna-se inviável o registro. Recurso improvido.

devido processo de habilitação, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Nas duas hipóteses de casamento religioso, os efeitos retroagem à data da celebração do casamento (*ex tunc*), conforme disposto no art. 1.515 do CC/02.

Resumindo: o que distingue o casamento religioso com efeitos de casamento civil e o casamento civil é, unicamente, a ausência da cerimônia civil na primeira hipótese.

## 6.7 Capacidade para o casamento

No Brasil, exige-se apenas idade mínima para casar. Ancianidade dos nubentes ou diferença de idade entre eles são aspectos que não fazem parte da análise da capacidade para o casamento. Homens e mulheres atingem a capacidade nupcial a partir dos 16 anos. Entretanto, entre os 16 anos e os 18 anos, se não emancipados, necessitam da autorização dos responsáveis legais para realizarem o casamento, podendo os pais ou tutores, até a celebração do casamento, revogar a autorização. O consentimento, em regra,[337] deve ser dado por escrito. Se o pai, a mãe ou o tutor não sabe ou não pode escrever, tem de outorgar procuração por instrumento público, ou prestar o consentimento perante o juiz de casamentos.

Portanto, não se confunde a capacidade civil plena (que se adquire a partir dos 18 anos ou em caso de emancipação) com a capacidade nupcial (que se adquire a partir dos 16 anos).

Pode acontecer de o pai autorizar o casamento e a mãe não, ou vice-versa. Nesse caso, há divergência quanto ao exercício do poder familiar e, conforme determina o parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil, o conflito deverá ser solucionado pelo juiz. Se ambos os pais, ou o tutor não autorizam o casamento, o juiz pode suprir o consentimento se a sua denegação for injusta. De acordo com os arts. 98 e 148, parágrafo único, "c", do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a competência para suprir a autorização é do Juízo da Infância e da Juventude. Assim, os pais que não autorizam o casamento da filha que tem 16 anos só porque o noivo pertence a outra religião ou torce para outro time de futebol, não é considerado motivo justo para impedir o casamento e, consequentemente, o juiz poderá suprir o consentimento dos pais. Nessas hipóteses, o ônus da prova cabe àquele que, tendo de consentir, recusou o consentimento. Portanto, compete

---

(BAHIA. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. nº 39.884-1/97. Relator: Des. Carlos Cintra, julgado em 29/04/98). No mesmo sentido: Ementa: Registros Públicos - Casamento religioso com efeitos civis não registrado. O falecimento do cônjuge da requerente impede sua pretensão de aproveitar o rito do casamento religioso para realizar o registro civil, ante a impossibilidade de se concretizar o processo de habilitação e colher aquilo que é essencial no contrato: a manifestação de vontade. Sentença confirmada. Apelo desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 598032936*, Quarta Câmara Cível, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 30/09/1998).

337 Admite-se o consentimento tácito, conforme preceitua o art. 1.555, § 2º do CC/02: "Não se anulará o casamento quando à sua celebração houverem assistido os representantes legais do incapaz, ou tiverem, por qualquer modo, manifestado sua aprovação."

ao pai, à mãe ou ao tutor, que não consentiu, provar que o casamento não deve ser realizado, por exemplo, porque os nubentes não possuem aptidão para o sustento da família. Não consentir sem causa nada mais é do que abuso de direito.

Hipótese rara e excepcional, que foi admitida até o ano de 2019, era o casamento de quem ainda não havia atingido a idade núbil. A legislação civil vigente até aquele ano (art. 1.520 do CC/02), em caráter extraordinário, admitia que o casamento se realizasse mesmo quando não atingida a idade núbil (16 anos) em duas hipóteses: para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

A primeira hipótese já não era mais permitida desde 2005, quando a Lei nº 11.106 revogou os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, que previam a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima, nos crimes contra os costumes.

Quanto à outra hipótese de casamento abaixo da idade núbil, ou seja, em caso de gravidez, o juiz podia autorizar o casamento, pois conforme informa Paulo Nader, nesse caso, "o interesse na união estende-se ao ser em formação, que necessita de cuidados e proteção de seus futuros pais e já a partir da gestação."[338]

Ocorre que essa segunda hipótese também não encontra mais amparo legal, pois a Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019, conferiu nova redação ao artigo 1.520[339] do Código Civil para suprimir as hipóteses de casamento de pessoas menores de 16 anos.

Ainda quanto à capacidade nupcial, resta saber se o pródigo a tem ou não. Não se discute que a incapacidade do pródigo é relativa, ou seja, só não poderá praticar atos de disposição patrimonial. Para os demais atos da vida civil, inclusive para a realização de casamento, o pródigo é plenamente capaz. Portanto, para o pródigo se casar, dispensável é a participação do seu curador.[340] Esta só é necessária na hipótese de celebração de eventual pacto antenupcial, pois, nesse caso, nítido é o conteúdo patrimonial.

Finalmente, cabe esclarecer que algumas pessoas para se casarem precisam de autorização de terceiros, sob pena de sofrerem sanções de ordem administrativa, impostas por seus superiores, em âmbito profissional, sem afetar a validade do casamento. Nessa situação, encontram-se os militares e os servidores do Serviço Exterior Brasileiro, conforme se verá a seguir.

### 6.7.1 Casamento de Militares

A Lei nº 6.880/80, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, trata do casamento do militar nos arts. 144 a 145, impondo-lhe algumas restrições. O Estatuto dos

---

338 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 87.

339 Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.811, de 2019).

340 Em sentido contrário, entendendo que para o pródigo se casar necessária é a autorização do curador, encontra-se Sílvio de Salvo Venosa (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 6, p. 429).

Militares, que se aplica aos membros das Forças Armadas[341], experimentou algumas alterações por força da Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019. Quanto ao casamento de militares, foram excluídos os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 144, ao qual foi incluído o parágrafo 4º. Incluiu-se, ainda, o artigo 144-A e conferiu-se nova redação ao artigo 145.

Assim, considerando ser incompatível com o regime exigido para a formação ou graduação, o Estatuto dos Militares estabelece que não ter filhos ou dependentes e não ser casado ou haver constituído união estável constituem condições essenciais para ingresso e permanência nos órgãos de formação ou graduação de oficiais e de praças que os mantenham em regime de internato, de dedicação exclusiva e de disponibilidade permanente peculiar à carreira militar (art. 144-A).

Para tanto, as praças especiais assumirão expressamente o compromisso de que atendem, no momento da matrícula, e de que continuarão a atender, ao longo de sua formação ou graduação, as condições que lhes são essenciais, e o descumprimento desse compromisso ensejará o cancelamento da matrícula e o licenciamento do serviço ativo, conforme estabelecido no regulamento de cada Força Armada, conforme o parágrafo único do artigo 144-A.

Além disso, conforme o § 4º do art. 144 da Lei nº 6.880/80, o casamento de militar com pessoa estrangeira, que, antes das alterações provocadas pela Lei nº 13.954/2019, carecia da autorização do Ministro da Força Armada a que pertencia o militar, agora deverá ser comunicado ao Comandante da Força a que pertence para fins de registro.

O casamento que se realiza em desacordo com as normas estabelecidas no Estatuto dos Militares não será nulo ou anulável. A sanção existente não tem o condão de invalidar o casamento. De acordo com o art. 145 da Lei nº 6.880/80, as praças especiais que contraírem matrimônio serão excluídas do serviço ativo, sem direito a qualquer remuneração ou indenização.

### 6.7.2 Casamento dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro

O Serviço Exterior Brasileiro, essencial à execução da política externa do Brasil, constitui-se do corpo de servidores, ocupantes de cargos de provimento efetivo, capacitados profissionalmente como agentes do Ministério das Relações Exteriores, no Brasil e no exterior, organizados em carreiras definidas e hierarquizadas. O Serviço Exterior Brasileiro é composto da Carreira de Diplomata, da Carreira de Oficial de Chancelaria e da Carreira de Assistente de Chancelaria.

De acordo com o art. 33 da Lei nº 11.440/06, o servidor do Serviço Exterior Brasileiro deverá solicitar autorização do Ministro de Estado das Relações Exteriores para casar-se com pessoa de nacionalidade estrangeira. A critério do Ministro de Estado das Relações Exteriores, serão apresentados, com o pedido de autorização, quaisquer documentos julgados necessários. O aluno de curso do Instituto Rio

341 As Forças Armadas são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica. Os membros das Forças Armadas formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.

Branco também deverá solicitar referida autorização para casar-se com pessoa de nacionalidade estrangeira.

Além disso, o art. 34 da Lei nº 11.440/06 estabelece que o servidor do Serviço Exterior Brasileiro deverá solicitar autorização do Ministro de Estado das Relações Exteriores para casar-se com pessoa empregada de governo estrangeiro ou que dele receba comissão ou pensão. Tal regra também se aplica ao aluno de curso do Instituto Rio Branco e é considerada como requisito prévio à nomeação.

A transgressão a tais normas acarretará, conforme o caso, o desligamento do aluno de curso ministrado pelo Instituto Rio Branco, a impossibilidade de nomeação para cargo do Serviço Exterior Brasileiro e a demissão do servidor, mediante processo administrativo.

## 6.8. Impedimentos matrimoniais

Conforme Rodrigo da Cunha Pereira, o Direito surge como uma tentativa de desinstalação do caos e, por meio de instrumentos normativos, "vem organizar, limitar e barrar o excesso de gozo, frear ou conter os impulsos, principalmente para aqueles que não conseguem fazê-lo por si mesmos. Em outras palavras, a lei jurídica é um interdito proibitório dos impulsos inviabilizadores do convívio social."[342] Tal assertiva pode ser visualizada quando o legislador lista as hipóteses de impedimentos matrimoniais, ou seja, circunstâncias que impossibilitam a realização de um casamento válido.

Não se deve confundir a incapacidade para o casamento (arts. 1.517 a 1.520 do CC/02) com o impedimento para o casamento (arts. 1.521 e 1.522 do CC/02). A incapacidade é geral, relacionada à idade. Já o impedimento é circunstancial. Por isso, um indivíduo pode ser impedido de se casar com determinada pessoa – seu ascendente, por exemplo – e, não obstante, ter capacidade nupcial e poder casar-se com outra pessoa. Dito de outra forma: a incapacidade impede que alguém se case com qualquer pessoa, enquanto os impedimentos matrimoniais somente atingem certas pessoas em determinadas situações. Os impedimentos, portanto, estão relacionados à legitimidade para a prática de específico ato jurídico.

As hipóteses contidas no Código Civil (art. 1.521) para os impedimentos matrimoniais são taxativas, representam *numerus clausus* e, por isso, não há possibilidade de ampliá-las sem que haja lei dispondo nesse sentido. Tais impedimentos ora são fundamentados em aspecto moral, ora biológico e, às vezes, nos dois aspectos. São considerados defeitos graves, por isso o casamento que se realiza desrespeitando-os é considerado nulo. Além disso, de acordo com o art. 237 do Código Penal, é considerado crime contrair casamento conhecendo a existência de impedimento que lhe cause nulidade absoluta.

São impedidos, ou seja, não podem se casar de acordo com o art. 1.521 do CC/02:

---

342 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 45.

> I - os ascendentes com descendentes, seja o parentesco natural (consanguíneo) ou civil: a proibição quanto ao parentesco natural se justifica por uma questão de ordem eugênica, pois quanto mais próximo o grau de parentesco, maiores são as chances de ocorrer problemas hereditários. Quanto ao parentesco civil, o impedimento possui um fundamento de ordem moral, pois visa a impedir o incesto. Conforme esclarece Rodrigo da Cunha Pereira, "[...] o incesto é a base de todas as proibições. É então a primeira *lei*. É a lei fundante e estruturante do sujeito e, consequentemente, da sociedade e, portanto, do ordenamento jurídico."[343]
> II - os afins em linha reta: o vínculo de afinidade em linha reta não se extingue mesmo após a dissolução do casamento ou da união estável que o originou (art. 1.595, § 2º, do CC/02). Deve-se observar que o impedimento por afinidade é apenas na linha reta, pois a afinidade na linha colateral extingue-se com a dissolução do casamento ou da união estável e não gera impedimento matrimonial. Assim, não podem se casar sogra e genro, sogro e nora, padrasto e enteada, madrasta e enteado, mesmo que tenha sido dissolvido o casamento ou a união estável que originou a afinidade na linha reta. Constata-se que tal impedimento tem fundamento em aspecto moral apenas.
> III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante: essas hipóteses já estão previstas no item anterior, pois são afins em linha reta. Portanto, trata-se de um dispositivo inútil.
> IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive: irmãos unilaterais são aqueles que têm apenas o pai ou a mãe em comum. Já os irmãos bilaterais ou germanos são filhos dos mesmos pais. Parentes na linha colateral ou transversal de terceiro grau são os tios e os sobrinhos. Portanto, tio(a) não pode se casar com sobrinha(o), é o que estabelece o inciso IV do art. 1.521 do CC/02.

Entretanto, o impedimento em alguns casos é superável, ou seja, será possível o casamento válido entre tio e sobrinha e entre tia e sobrinho por força do Decreto-Lei nº 3.200/41. Trata-se do chamado casamento avuncular. Apesar de antigo, o Decreto-Lei nº 3.200/41 continua em vigor, pois a lei geral posterior não revoga uma especial anterior. O Enunciado 98 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a respeito da aplicação do referido Decreto-Lei, estabelece: "Art. 1.521, IV, do novo Código Civil: o inc. IV do art. 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-Lei n. 3.200/41, no que se refere à possibilidade do casamento entre colaterais de 3º grau."

Cabe esclarecer que o Decreto-Lei nº 3.200/41 não revoga o impedimento matrimonial entre os colaterais de terceiro grau, apenas abre uma exceção a ele, pela prova contrária ao fundamento do impedimento. Tal prova deve ser feita antes da habilitação.[344] Aliás, de todas as hipóteses de impedimentos matrimoniais essa é a única que pode ser afastada pelo juiz.

---

343 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família*: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 42-43.

344 CASAMENTO – TIO E SOBRINHA – AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – EXTINÇÃO DO FEITO SOB O FUNDAMENTO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – DICÇÃO DO ART. 1.521, IV, DO CC – COEXISTÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 3.200/1941. Prosseguimento para realização do exame por médicos de confiança do juízo. Recurso provido em parte. (SÃO PAULO. Tribunal

Os colaterais de terceiro grau que pretendam casar-se, ou seus representantes legais, se forem menores, podem pedir ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio. Se os médicos divergirem quanto à não-inconveniência, poderão os nubentes, conjuntamente, requerer ao juiz que nomeie terceiro, como desempatador. Sempre que, a critério do juiz, não for possível a nomeação de dois médicos idôneos, pode ele incumbir do exame a um só médico, cujo parecer será conclusivo. O exame médico é feito extrajudicialmente, sem qualquer formalidade, mediante simples apresentação do requerimento despachado pelo juiz.

O exame médico poderá concluir pela possibilidade ou inconveniência do casamento e, ainda, pelo reconhecimento da sua viabilidade em época posterior, uma vez feito, por um dos nubentes, ou por ambos, o necessário tratamento de saúde. Nessa última hipótese, após a realização do tratamento, poderão os interessados pedir ao juiz que determine novo exame médico. Quando não se conformarem com o laudo médico, poderão os nubentes requerer novo exame, que o juiz determinará caso reconheça procedentes as alegações.

O atestado, constante de um só ou mais instrumentos, será entregue aos interessados, não podendo qualquer deles divulgar o que se refira ao outro, sob penas do art. 153 do Código Penal que trata dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos.

Quando o atestado afirmar a inexistência de motivo que desaconselhe o matrimônio, poderão os interessados promover o processo de habilitação, apresentando, com o requerimento inicial, a prova de sanidade, devidamente autenticada. Se o atestado declarar a inconveniência do casamento, prevalecerá, em toda a plenitude, o impedimento matrimonial. Nesse caso, se os nubentes contraírem o casamento, conhecendo a existência do impedimento, incorrerão na pena do art. 237 do Código Penal.[345]

> V - o adotado com o filho do adotante: na verdade, eles são irmãos, então, desnecessária é essa hipótese, pois ela já se insere na previsão do item anterior que estabelece que não podem casar os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive.
>
> VI – as pessoas casadas: além de caracterizar impedimento matrimonial o casamento daquele que já é casado, eventual celebração do segundo matrimônio, de acordo com o art. 235 do Código Penal, é fato tipificado como crime de bigamia.[346]

---

de Justiça. *AP s/Ver 414.053.4/0.* 5ª C.DPriv. Rel. Des. Francisco Casconi. Data do Julgamento: 26.04.2006).

345 CP - Art. 237. Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

346 CP - Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. § 1º Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

Assim, aquele que já tenha realizado um casamento e queira realizar outro casamento deverá apresentar ao oficial do registro civil um dos seguintes documentos que tem o condão de comprovar o fim do primeiro casamento: certidão de óbito do cônjuge falecido, certidão de nulidade ou anulação do casamento anterior, ou registro da sentença ou da escritura pública do divórcio.

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Trata-se de um impedimento matrimonial por razão de ordem moral. Doutrina e jurisprudência entendem que o impedimento relaciona-se apenas ao homicídio doloso, pois no culposo não se pode aferir a intenção do agente de matar um cônjuge para casar-se com o outro. Além disso, conforme alertam Maria Helena Diniz[347] e Flávio Tartuce[348], o impedimento só pode existir havendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

### 6.8.1 Legitimidade e prazo para opor os impedimentos matrimoniais

Até o momento da celebração do casamento, qualquer pessoa capaz pode opor os impedimentos matrimoniais. Além disso, se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.

Deve-se ressaltar que o impedimento matrimonial decorre de lei, e é considerado defeito grave. Dessa forma, mesmo se realizado o casamento, deve-se arguir a sua nulidade. Nesse caso, porém, o Código Civil, em seu artigo 1.549, reserva legitimidade para propositura da ação declaratória àquele que demonstre interesse (não basta ser capaz) e ao Ministério Público. Esse resumo de legitimados é resultante da emergência de um novo objeto de tutela. Se, até então, apenas se deveriam preservar os aspectos morais e biológicos, considerados de ordem pública – o que se faz pela invalidade dos casamentos entre impedidos – a partir de então, a entidade familiar já instituída, mesmo indevidamente, também merece proteção, em atenção à pessoa dos seus membros e ao seu direito de livre desenvolvimento – o que levaria a preservar a validade matrimonial, a despeito do vício. Noutras palavras, ao mesmo tempo em que se deve prezar pela formação perfeita do casamento, o sistema jurídico precisa proteger a família já constituída, ainda que indevidamente. A medida intermediária fixada pelo diploma civilista foi, assim, manter-se a invalidade matrimonial e a respectiva possibilidade de declará-la, mas limitar o rol de legitimados para fazê-lo.

Em regra, os impedimentos para o casamento são também para a constituição de união estável.[349] Assim, se dois irmãos que são impedidos para o casamento passam a viver sob o mesmo teto e têm até filhos, esse relacionamento não será considerado uma união estável e sim um concubinato. A correta distinção entre união estável e concubinato será feita no Capítulo 9 desta obra.

---

347 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 79.

348 TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito de família. v.5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 69.

349 A exceção à regra encontra-se no § 1° do art. 1.723 do CC/02.

## 6.9 Causas suspensivas

As causas suspensivas do casamento, também designadas de impedimentos impedientes, suspensivos ou proibitivos, são consideradas defeitos menos graves em relação aos impedimentos matrimoniais. São estabelecidas ora para evitar confusão de sangue (*turbatio* ou *confusio sanguinis*), ora para evitar confusão de patrimônio. São situações que desaconselham o casamento, mas não o proíbem. O casamento realizado com inobservância de causa suspensiva não será nulo, nem anulável. No entanto, os cônjuges sofrerão uma sanção administrativa: o regime de bens do casamento será o da separação obrigatória de bens (art. 1.641, I, do CC/02).

Segundo o artigo 1.523 do Código Civil, não devem se casar:

> I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros: esta é a única hipótese de causa suspensiva que, um vez violada, além de impor aos cônjuges o regime de separação de bens, os filhos passarão a ter direito à hipoteca sobre os imóveis do ascendente sobrevivo, de acordo com o art. 1.489, II, do Código Civil.
> II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal: o objetivo dessa norma é evitar dúvida quanto à paternidade de eventual prole.
> III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal: busca-se evitar dúvida quanto aos bens a serem partilhados tendo em vista que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens (art. 1.581 do CC/02).
> IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas: eis as intenções dessa norma, de acordo com Clóvis Beviláqua: "a) impedir que, por esse modo, se oculte a dilapidação dos bens confiados à administração do tutor ou curador; b) pôr um freio à cobiça; c) afastar a coação moral, que possa exercer sobre o ânimo da pessoa tutelada ou curatelada aquele que, por suas funções, tem sobre ela autoridade e ascendência".[350]

### 6.9.1 Levantamento das causas suspensivas

Os nubentes podem recorrer ao Poder Judiciário para que haja a desconsideração da causa suspensiva e autorização do casamento em qualquer regime de bens, à sua escolha. Para tanto, deve-se provar a inexistência de prejuízo ao novo cônjuge, herdeiros, tutelado, ou provar o nascimento do filho ou a inexistência de gravidez. Portanto, provada a inexistência de qualquer risco ou prejuízo para o incapaz e para terceiro, a requerimento do interessado, o juiz poderá, de acordo com o parágrafo único do artigo 1.523 do Código Civil, afastar a causa suspensiva, por perda de fundamento.

---

350 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.* 11. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda., 1958, v. 2, p. 22.

### 6.9.2 Legitimidade e prazo para opor as causas suspensivas

Enquanto os impedimentos matrimoniais que são considerados defeitos graves e visam a resguardar interesse público podem ser opostos por qualquer pessoa capaz e/ou interessada, as causas suspensivas são consideradas defeitos leves, que tão somente resguardam interesses particulares e, por isso, mais restritos são os legitimados para sua oposição. De acordo com o artigo 1.524 do Código Civil, as causas suspensivas da celebração do casamento podem ser arguidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins.

Como as causas suspensivas são estabelecidas para preservar interesses particulares, não podem ser declaradas de ofício pelo juiz e nem pelo oficial do registro civil. Contudo, não se deve limitar os legitimados para oposição das causas suspensivas às pessoas designadas no artigo 1.524 do Código Civil. Tem-se que essa enumeração não é taxativa. Cita-se, como exemplo, a pessoa divorciada, relativamente ao casamento do seu ex-cônjuge, enquanto não partilhados os bens do casal. Embora a lei não estabeleça expressamente a legitimidade do ex-cônjuge, nesse caso, inegável é o seu interesse em evitar a confusão de patrimônio.

A oposição deve se dar no prazo de 15 dias, contado da afixação do edital na serventia extrajudicial, conforme o disposto no artigo 67, § 3º, da Lei nº 6.015/73.

## 6.10 Forma de oposição dos impedimentos e das causas suspensivas

Tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas.

O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu.

Podem os nubentes requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé.

De acordo com o artigo 67, § 5º, da Lei nº 6.015/73, se houver apresentação de impedimento ou de causas suspensivas (nome dado pelo Código Civil de 2002 aos impedimentos impedientes do Código Civil de 1916), o oficial dará ciência do fato aos nubentes, para que indiquem, em 24 (vinte e quatro) horas, prova que pretendam produzir, e remeterá os autos a juízo. Produzidas as provas pelo oponente e pelos nubentes, no prazo de 3 (três) dias, com ciência do Ministério Público, e ouvidos os interessados e o órgão do Ministério Público em 5 (cinco)dias, decidirá o juiz em igual prazo.

### 6.10.1 Duração da suspensão do casamento

Para Caio Mário da Silva Pereira, a consequência para o desrespeito às causas suspensivas será apenas a imposição de certas sanções ao contraventor,

pois, segundo o autor, "nada suspendem".[351] Com outro pensar, Carlos Roberto Gonçalves[352] defende que a suspensão do casamento deve durar até o momento em que a causa suspensiva for afastada.

Já Flávio Tartuce[353] entende que a suspensão deve ocorrer até a comprovação da causa suspensiva. Comprovada a existência da causa suspensiva, o casamento será realizado pelo regime da separação legal de bens[354] ou, descartada a existência da causa suspensiva, os cônjuges poderão escolher livremente o regime de bens.

Com razão parece estar esse último autor. Deve-se apenas admitir, ainda, a possibilidade de os nubentes, imediatamente, no início do processo de habilitação, reconhecerem a existência de uma causa suspensiva e solicitarem a realização imediata do casamento, sem suspensão, pelo regime de separação obrigatória de bens. Nessa hipótese, há que se concluir que as causas suspensivas não irão suspender a celebração do casamento.

Conforme já estudado, a oposição das causas suspensivas deve ser formalizada por documento escrito, assinado e acompanhado da prova disponível ou com a indicação de como poderá ser obtida. Uma vez apresentada a oposição, o oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição. Duas alternativas restam aos nubentes: i) reconhecer a existência da causa suspensiva e, consequentemente, realizar o casamento pelo regime de separação obrigatória de bens. Nesse caso, não há que se falar em suspensão da celebração. ii) Podem os nubentes não concordar com a oposição da causa suspensiva e requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados. Inevitável, nesse caso, será a suspensão da celebração do casamento. Descartada a existência da causa suspensiva, o casamento poderá ser realizado em qualquer regime de bens, caso contrário, obrigatório será o regime da separação de bens.

## 6.11 Habilitação para o casamento

O processo de habilitação de casamento é feito perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais da residência dos pretendentes. De acordo com o disposto no artigo 1.525 do Código Civil, "o requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos: I - certidão de nascimento ou documento equivalente; II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra; III - declaração de

351 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 91.

352 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v.6. *E-book*.

353 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito de família. v.5.15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 70.

354 Adotando outro entendimento, Maria Helena Diniz afirma que a comprovação de uma causa suspensiva "impedirá a expedição do certificado de habilitação (CC/02, art. 1.529), resultando a proibição da celebração do ato nupcial." (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 85.)

duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar; IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio."

Para o casamento entre tio e sobrinha ou entre tia e sobrinho, o laudo médico de compatibilidade eugenésica deve ser apresentado durante o processo de habilitação, conforme já estudado no item 6.8, IV, deste capítulo.

Inovou o Código Civil de 2002 ao determinar que a habilitação fosse feita perante o oficial do Registro Civil e, após a audiência do Ministério Público, homologada pelo juiz. Portanto, os Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais, depois de cumprirem os procedimentos legais para a autuação do processo de habilitação para o casamento, deveriam encaminhar os respectivos autos para a audiência do Ministério Público e, também, para a homologação da habilitação pelo juiz de direito competente.

Nas comarcas com mais de uma vara judicial, os autos do processo de habilitação para o casamento eram regularmente distribuídos, sem incidência de custas judiciais e taxa judiciária, aos juízes de direito competentes para as causas cíveis e, onde houvesse, ao juiz da vara especializada de registros públicos.

Cabe lembrar que, até o Código Civil de 2002, a homologação era feita pelo juiz de casamento, e, somente diante da impugnação do representante do Ministério Público, os autos eram remetidos ao juiz de direito para a solução do caso. Evidente o equívoco do Código Civil de 2002 ao atribuir ao juiz de direito a função de homologador de habilitação de casamento. Felizmente, a Lei nº 12.133/09, que deu nova redação ao artigo 1.526 do Código Civil, restabeleceu o procedimento meramente administrativo de habilitação para o casamento. Assim, sem trazer qualquer prejuízo à segurança jurídica, a injustificável medida burocratizante de homologação judicial de habilitação de casamento deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com a referida Lei, o art. 1.526 do Código Civil passou a vigorar com a seguinte redação: "Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público. Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz." (grifo nosso)

Nos termos do art. 67, §5º, com a nova redação dada pela Lei nº 14.382/22, "se houver impedimento ou arguição de causa suspensiva, o oficial de registro dará ciência do fato aos nubentes, para que indiquem, em 24 (vinte e quatro) horas, prova que pretendam produzir, e remeterá os autos a juízo, e, produzidas as provas pelo oponente e pelos nubentes, no prazo de 3 (três) dias, com ciência do Ministério Público, e ouvidos os interessados e o órgão do Ministério Público em 5 (cinco) dias, decidirá o juiz em igual prazo."

A Lei nº 14.382/22, por meio da inclusão do §4º ao art. 67 da Lei nº 6.015/73, também permitiu que a identificação das partes e a apresentação dos documentos exigidos pela lei civil para fins de habilitação sejam realizadas eletronicamente mediante recepção e comprovação da autoria e da integridade dos documentos.

Se a documentação estiver em ordem, o oficial de registro dará publicidade, em meio eletrônico, à habilitação e extrairá, no prazo de até 5 (cinco) dias, o certificado de habilitação, podendo os nubentes contrair matrimônio perante qualquer serventia de registro civil de pessoas naturais, de sua livre escolha, observado o prazo de eficácia do art. 1.532 do Código Civil (90 dias).

A autoridade competente, havendo urgência, poderá dispensar a publicação. Para a dispensa da publicação eletrônica dos proclamas, nos casos previstos em lei, os contraentes, em petição dirigida ao oficial de registro, deduzirão os motivos de urgência do casamento, provando o alegado, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, com documentos. O oficial de registro, no prazo de 24 (vinte quatro) horas, com base nas provas apresentadas, poderá dispensar ou não a publicação eletrônica, e caberá recurso da decisão ao juiz corregedor.

É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens (art. 1.528 do CC/02).

Cumpridas as formalidades e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação. Portanto, somente depois da homologação, o oficial expedirá a certidão de habilitação. A certidão de habilitação, obrigatoriamente, irá conter o nome dos nubentes, ou seja, irá autorizar o casamento entre os requerentes. Portanto, não se trata de um título ao portador.

A eficácia da habilitação será de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado.

## 6.12 Celebração do casamento

O casamento pode ser celebrado em qualquer região, mas o processo de habilitação deve ser iniciado na residência de um dos nubentes. Quando a celebração do casamento ocorrer perante oficial de registro civil de pessoas naturais diverso daquele da habilitação, deverá ser comunicado o oficial de registro em que foi realizada a habilitação, por meio eletrônico, para a devida anotação no procedimento de habilitação. (art. 67 da Lei nº 6.015/73)

Após a expedição do certificado de habilitação, celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar solicitados pelos nubentes e designados pelo oficial de registro (art. 67, §7º, da Lei 6.015/73).

De acordo com o art. 98, II, da Constituição de 1988, a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados, nas suas respectivas circunscrições, criarão “justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.” Entretanto, não há uniformidade, no Brasil, quanto à instituição da justiça de paz e, também, quanto à sua regulamentação.

A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes,

ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular (art. 1.534 do CC/02). Quando o casamento for em edifício particular, ficará este de portas abertas durante o ato. O importante é que o lugar seja acessível a qualquer pessoa que, porventura, queira opor um impedimento matrimonial.

Serão quatro as testemunhas na hipótese de o casamento ser celebrado fora da sede do cartório e se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever (§ 2º do art. 1.534 do CC/02).

Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida dos nubentes a afirmação de que pretendem se casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados." Eis a fórmula sacramental estabelecida no artigo 1.535 do Código Civil, que, a propósito, encontra-se ultrapassada diante da possibilidade de celebração de casamentos homoafetivos. A declamação literal da fórmula contida no artigo 1.535 do CC/02 em um casamento entre pessoas do mesmo sexo soaria inadequada e constrangedora, carecendo de uma adaptação ao contexto da celebração.

O casamento realiza-se quando os nubentes manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados, é o que estabelece o artigo 1.514 do Código Civil. Apesar dessa disposição legal, entende-se que o casamento efetivamente se realiza logo após a manifestação de vontade dos nubentes. A leitura da fórmula sacramental não tem natureza constitutiva, apenas declara o casamento. Esse posicionamento é corolário lógico da teoria a respeito da natureza jurídica do casamento adotada nesta obra, ou seja, o casamento é um negócio jurídico *sui generis*.[355]

As declarações dos nubentes são feitas em língua portuguesa. Nada obsta, porém, que o façam em outra língua, servindo-se de tradutor.

Logo após manifesta a vontade dos contraentes seguida da leitura da fórmula sacramental, lavra-se o assento no livro de registro. O assento não se confunde com a certidão de casamento, esta é dele extraída.

No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, serão exarados, de acordo com o artigo 1.536 do Código Civil: I

---

355 Em sentido contrário, entendendo tratar-se de ato constitutivo a leitura da fórmula sacramental pelo celebrante, cita-se Maria Helena Diniz: "Daí se infere ser essencial à celebração da cerimônia nupcial a co-participação da autoridade competente, pois é ela que declara os contraentes casados, concorrendo para a constituição do vínculo matrimonial, ao pronunciar a fórmula sacramental acima indicada. O matrimônio só existe quando o juiz, após a manifestação da vontade dos nubentes de estabelecer o vínculo conjugal, pronuncia essa fórmula, declarando os nubentes casados (CC, art. 1.514), de modo que, se qualquer deles vier a se arrepender após tal declaração, o casamento já estará efetuado; logo, o arrependimento não produzirá nenhum efeito. Por outro lado, se o celebrante, após ter recebido a afirmação sucessiva dos nubentes de que persistem no propósito de casar, vier a falecer, subitamente, antes de exarar a fórmula vinculatória, o matrimônio não se realizou." (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 105).

– os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges; II – os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais; III – o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior; IV – a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento; V – a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro; VI – o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas; e VII - o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido.

Importante é a distinção feita por Paulo Nader em relação ao registro dos casamentos civil e religioso com efeito civil:

> Enquanto o assento do casamento civil constitui apenas elemento de prova, o registro civil do ato religioso é constitutivo do enlace civil. Ou seja, o casamento civil que se origina de cerimônia prevista no Código Civil subsiste sem o respectivo registro, enquanto que não há casamento civil, como efeito do ato religioso, sem o devido registro em cartório.[356]

### 6.12.1 Suspensão da cerimônia

Não existe uma fórmula para manifestar a vontade de se casar. Por isso, a manifestação pode se dar por meio de *sim*, *aceito*, *estou de acordo*, *quero* etc. O importante é que seja livre, sem nenhuma condição ou termo.

Com o objetivo de preservar a livre manifestação de vontade, conforme determina o artigo 1.538 do Código Civil, a celebração do casamento será imediatamente suspensa até o dia seguinte (prazo mínimo) se algum dos contraentes: “I - recusar a solene afirmação da sua vontade; II - declarar que esta não é livre e espontânea; III - manifestar-se arrependido.”

## 6.13 Formas excepcionais de casamento

São duas as formas excepcionais de casamento civil: uma, em caso de moléstia grave de um dos nubentes; outra, em caso de iminente risco de morte. São hipóteses de casamento de cunho humanitário e, tendo em vista a dificuldade de locomoção ou a urgência, dispensam-se algumas formalidades exigidas na sua celebração.

### 6.13.1 Casamento em caso de moléstia grave

O casamento em caso de moléstia grave dispensa algumas formalidades exigidas pelo procedimento de habilitação (como, por exemplo, a publicação dos editais), dada a urgência da situação, bem como a presença do oficial do registro

---

356 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 142.

civil. No entanto, não dispensa a presença do presidente do ato, ou seja, do juiz de paz (autoridade competente, ou substituto legal). O doente pode se casar, desde que a moléstia não tenha afetado seu discernimento, sua capacidade de manifestar livremente a vontade.

Nessa hipótese, a autoridade competente não pode recusar-se a celebrar o ato (em qualquer lugar e horário), mas as despesas ainda serão pagas pelos contraentes, se não forem pobres no sentido legal. São necessárias duas testemunhas que saibam ler e escrever (art. 1.539 do Código Civil).

A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento será suprida por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil, por outro *ad hoc*, nomeado pelo presidente do ato. O oficial *ad hoc* não carrega consigo os livros de registro civil, por isso é que lhe cabe lavrar o termo avulso, ou seja, fora dos livros do registro, para que, depois, dentro de cinco dias e perante duas testemunhas, seja registrado no Registro Civil das Pessoas Naturais, ficando arquivado.

### 6.13.2 Casamento nuncupativo (em viva voz) ou in extremis vitae momentis ou in articulo mortis

Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de morte, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau (art. 1.540 do CC/02).

Realizado o casamento, devem as testemunhas[357] comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, dentro de dez dias, pedindo que lhes tome por termo a declaração de: I – que foram convocadas por parte do enfermo; II – que este parecia em perigo de perder a vida, mas em seu juízo; e III – que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher (art. 1.541 do CC/02).

Autuado o pedido e tomadas as declarações, o juiz, com a instauração do procedimento de jurisdição voluntária, no qual deve intervir o representante do Ministério Público, procederá às diligências necessárias para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado, na forma ordinária, ouvidos os interessados que o requererem, dentro de quinze dias.

Verificada a idoneidade dos cônjuges para o casamento, assim o decidirá a autoridade competente, com recurso voluntário às partes. Se da decisão não se tiver recorrido, ou se ela passar em julgado, apesar dos recursos interpostos, o juiz

357 Na impossibilidade de uma ou mais testemunhas comparecerem, acertado parece o entendimento de Paulo Nader a respeito: "As testemunhas são a prova do fato e não necessariamente o único. É possível que outras provas sejam oferecidas ao juízo, como eventual filmagem do casamento ou até mesmo alguma carta ou bilhete de autoria do enfermo. O importante é o convencimento pessoal do juiz, fundado nos elementos probatórios disponíveis." (NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 150).

mandará registrá-la no livro do Registro dos Casamentos. O assento assim lavrado retrotrairá os efeitos do casamento, quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração. Essas formalidades descritas, todavia, serão dispensadas se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro.

Nessa hipótese excepcional de casamento, é prescindível a certidão de habilitação e, também, a presença da autoridade competente para a respectiva celebração. Na verdade, o negócio jurídico realiza-se sem qualquer assinatura das partes, bastando a manifestação de vontade oral.

O Código Civil de 2002 permitiu ainda o casamento nuncupativo por procuração (art. 1.542, § 2º). Assim, o nubente que não estiver em iminente risco de perder a vida poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo.

Posteriormente, o juiz procederá às diligências necessárias para a habilitação, já que esse casamento precisa de convalidação, com efeitos *ex tunc*.

Se o enfermo convalescer, podem ser dispensados o comparecimento das testemunhas e as formalidades de declaração, uma vez que ele próprio poderá ratificar o casamento perante o juiz e o oficial do registro. Cabe esclarecer que, nesse caso, a ratificação não é obrigatória, apenas a admite, para se dispensarem as formalidades ligadas à nuncupatividade.

Importante é não confundir o casamento em caso de moléstia grave com o casamento nuncupativo. De acordo com João Batista de Oliveira Cândido,

> [...] o casamento por moléstia grave difere do casamento nuncupativo, porque a moléstia grave não implica necessariamente risco de morte. Neste casamento, os noivos já se acham habilitados, sendo permitida a dispensa da presença do Oficial do Registro, mas não do Juiz de Casamentos e da nomeação de um oficial para o ato, havendo, após a celebração, o registro do ato no cartório. Já no casamento nuncupativo não se observa qualquer forma, sendo que a impossibilidade do comparecimento do Juiz de Casamentos e do Oficial do Registro enseja a celebração entre os próprios nubentes, considerando-se o iminente risco de morte de um dos nubentes, exigindo-se a presença de seis testemunhas que com os mesmos não tenham parentesco na linha reta, ou colateral de segundo grau, testemunhas essas que deverão, após a celebração, comparecer perante a autoridade judicial, para que o procedimento judicial se instaure e verifique a possibilidade e a efetividade daquela realização matrimonial.[358]

Portanto, para que o rito especial seja adotado na hipótese de casamento em caso de moléstia grave, indispensável é que as formalidades preliminares tenham sido cumpridas, estando os nubentes aptos legalmente para o casamento, ou seja, os noivos devem possuir o certificado de habilitação.[359] Já na hipótese de casamento nuncupativo, para a adoção do rito especial, tendo em vista a urgência, dispensável

358 CÂNDIDO, João Batista de Oliveira. Do casamento. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 82.

359 Nesse caso, havendo urgência, a publicação dos editais pode ser dispensada, conforme o disposto no parágrafo único do artigo 1.527 do Código Civil.

é o cumprimento das formalidades preliminares para a celebração do casamento. As formalidades serão realizadas após o casamento pelo juiz de direito.

O casamento nuncupativo é muito criticado por vários doutrinadores, pois conforme alerta Sílvio Rodrigues,

> [...] a admissão do casamento *in extremis* é uma velharia admitida por um sistema que se inspira num excessivo, senão injustificável, zelo pelo interesse individual. Ela representa séria ameaça para a instituição do casamento, pois dispensa formalidades que a lei entende essenciais. Isso sem ter em conta, como já foi apontado, que constitui porta aberta à fraude e à simulação.[360]

De qualquer forma, apesar de o risco de fraude existir em maior grau nesse tipo especial de casamento, é possível declarar-se, como sanatória – igualmente aos demais casos – sua nulidade absoluta por fraude à lei imperativa (art. 166, VI, do CC/02) ou, ainda, por comprovada simulação absoluta (art. 167 do CC/02).

### 6.13.3 Casamento por procuração

O ordenamento jurídico nacional admite que o nubente se case por intermédio de um representante voluntariamente eleito. O mandato, nesse caso, é peculiar. Há certos atos que requerem, por sua natureza, poderes especiais do outorgante, e um destes é o casamento. O mandante há de conceder ao mandatário, especificamente, as prerrogativas necessárias para contrair o matrimônio por si.

Assim, o casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais. Conforme já destacado, o processo de habilitação também pode ser preparado por procuração.

O Código Civil também não veda que ambos os nubentes sejam representados. Assim, o casamento pode ser realizado por procuração dos dois contraentes, segundo entendimento de César Fiuza[361] e Arnoldo Wald.[362] Em outra direção, há a posição de Caio Mário da Silva Pereira[363] e Dimas Messias de Carvalho,[364] que defendem que apenas um dos cônjuges pode ser representado por procuração.

Pontes de Miranda, além de permitir a representação do noivo e da noiva, vai mais longe ao admitir "que a mesma pessoa represente os dois noivos, pelo mesmo instrumento, ou por instrumentos diferentes, desde que as duas outorgas observem, de *per si*, as exigências da lei."[365] No pensamento de Sílvio de Salvo Venosa, contudo,

---

360 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65.

361 FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 956.

362 WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64.

363 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 120.

364 CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 57.

365 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família:* direito matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, v. 1, p. 206.

os dois nubentes não devem conferir poderes para a mesma pessoa porque isso “desvirtuaria a natureza do consentimento”.[366]

> É que, pelo menos no campo teórico, pode surgir conflito de interesses de última hora entre os nubentes, como seria a hipótese de um deles comunicar-se com o seu procurador, cancelando o casamento, fato este tão factível quanto o de um contraente não comparecer à cerimônia marcada. O mandato conferido não investe o procurador apenas do poder de expressar, em nome do mandante, o seu consentimento, mas ainda o de tomar alguma decisão, como a de recusar o casamento.[367]

De fato, o procurador é investido na condição de mandatário e, como tal, tem o dever de zelar pelos interesses do mandante, interpretando a sua vontade. Assim, se o mandatário descobre um fato ignorado pelo mandante, deve recusar a celebração do casamento desde que seja possível deduzir que o mandante, se tivesse conhecimento da realidade, também não se casaria. Evidencia-se, diante dessa possibilidade de conflitos de interesses, a inconveniência de um mandatário representar os dois noivos ao mesmo tempo.

A procuração é um ato eminentemente revogável até o momento da celebração do casamento. A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário para ter efeito; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivesse ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos (§ 1º do art. 1.542 do CC/02).

A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias e só por instrumento público se poderá revogá-lo (§§ 3º e 4º do art. 1.542 do CC/02).

Questão curiosa e sem resposta legal expressa é a hipótese de o casamento realizar-se após a extinção do mandato por morte do mandante, estando de boa-fé o mandatário e o outro cônjuge, por ignorarem a morte daquele.

Conforme destaca Maria Helena Diniz, a norma do artigo 689 do Código Civil “apenas é aplicável a atos patrimoniais e não ao casamento, que pressupõe existência dos dois nubentes.”[368] Ou seja, caso o mandante morra antes da celebração do casamento, ainda que o mandatário e o nubente sobrevivente não saibam, o casamento realizado será inexistente, dada a ausência total de consentimento. Portanto, a morte importa irremediável cessação dos poderes de representação para o casamento, razão pela qual, se celebrado, será caso de inexistência, e não invalidade. Em razão de expressa disposição legal, artigo 1.550, inciso V, do Código Civil, diferente é a solução na hipótese do casamento realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo

---

366 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 6, p. 88.

367 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 136.

368 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 108.

coabitação entre os cônjuges.[369] Nessa hipótese, será anulável o casamento e o mandante poderá responder por perdas e danos.

### 6.13.4 Casamento coletivo

Não há previsão no ordenamento jurídico brasileiro do casamento coletivo, isto é, a pluralidade de celebrações matrimoniais concomitantes. Pontes de Miranda[370] não admite tal simultaneidade das cerimônias nupciais porque, segundo o autor, deve-se terminar uma celebração para que se comece outra.

Considerando toda a solenidade que reveste a celebração de um casamento, tal assertiva, em princípio, parece coerente. Contudo, o que deve ser preservado sempre é a livre manifestação de vontade que não será tolhida pelo fato de a cerimônia ser coletiva.

Aliás, as celebrações coletivas são realizadas há muito tempo no Brasil, são verdadeiros mutirões que, na maioria das vezes, têm por objetivo facilitar a formalização de uniões existentes entre casais pobres.

### 6.13.5 Casamento por videoconferência

A solenidade é uma característica inconfundível do casamento e o Código Civil disciplina sua celebração de forma expressa, como visto no tópico 6.12 desta obra.

Em razão dos efeitos da pandemia do coronavírus, porém, eventos virtuais passaram a ter cada vez mais destaque e, naturalmente, vêm se tornando uma opção para a concretização de diversas atividades: reuniões de trabalho, aulas, audiências, assinaturas de contrato e, até mesmo, celebração de casamentos.

O uso da tecnologia e das ferramentas digitais já permite a realização de casamentos em diversos estados brasileiros.

A título de exemplo, em Minas Gerais, a Portaria da Corregedoria-Geral de Justiça n. 6.405/2020 instituiu o Projeto-Piloto para a recepção de requisições e para a realização de atos notariais e de registro, em meio digital, e viabilizou a celebração do casamento por meio de videoconferência, cuja gravação, uma vez arquivada na serventia, pode suprir as assinaturas no assento de casamento.[371] Trata-se, ainda,

---

369 A coabitação, nesse caso, caracteriza ratificação tácita dos atos praticados pelo procurador.

370 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família:* direito matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, v. 1, p. 213.

371 Portaria n. 6.405/CGJ/2020.
Art. 8º Além da autenticação por endereço eletrônico (e-mail) e da senha de acesso individual, a identidade das partes também será verificada no momento da assinatura digital de documentos, por meio de seu certificado digital.
§ 1º Somente serão aceitos certificados digitais emitidos no âmbito da Infraestrutura de Chaves Pública Brasileira (ICP-Brasil), conforme determina o § 1º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.
§ 2º Para usuários pessoa física, somente será autorizada a utilização de certificados digitais cuja titularidade esteja vinculada ao CPF do próprio usuário (certificado do tipo e-CPF).

de projeto em implantação em algumas unidades localizadas na Comarca de Belo Horizonte. No entanto, este é mais um sinal da constante virtualização de atos e negócios jurídicos.

Somente no estado de Pernambuco, entre os meses de março e abril de 2020, foram realizados 432 casamentos por videoconferência, conforme dados da Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de Pernambuco (Arpen-PE), divulgados no Portal do Conselho Nacional de Justiça.[372]

Diante desse novo contexto, a Lei nº 14.382/22, incluiu o §8º ao art. 67 da Lei nº 6.015/73 que, expressamente, passou a permitir a celebração do casamento por videoconferência, nos seguintes termos: "§ 8º A celebração do casamento poderá ser realizada, a requerimento dos nubentes, em meio eletrônico, por sistema de videoconferência em que se possa verificar a livre manifestação da vontade dos contraentes."

## 6.14 Das provas do casamento

A prova do casamento difere da prova da união estável, pois, no primeiro caso, tem-se uma união formal e, no segundo, informal. O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro que é a peça extraída do livro no qual se fazem os assentamentos dos casamentos. Trata-se de uma prova direta com presunção jurídica de veracidade do ato nupcial, prevalecendo até que se prove o contrário.

---

§ 3º Para usuários pessoa jurídica, somente será autorizada a utilização de certificados digitais cuja titularidade esteja vinculada ao CNPJ da empresa (certificado do tipo e-CNPJ), ou certificados digitais cuja titularidade esteja vinculada aos representantes legais da empresa (certificados do tipo e-CPF).
§ 4º As assinaturas deverão ser realizadas, exclusivamente, com a utilização de assinador de documentos digitais
disponibilizado pela plataforma.
§ 5º Nos processos de habilitação de casamento, se as partes já tiverem assinado o pedido de habilitação na presença do oficial ou de seu preposto, ou ainda, se assinarem o pedido de habilitação de forma digital, na forma prevista no § 1º ou no § 7º deste artigo, as assinaturas no assento de casamento poderão ser supridas por arquivo de videoconferência, o qual será arquivado na serventia, devendo o oficial certificar nos autos os termos da videoconferência.
§ 6º Nos casos previstos no § 5º deste artigo, o oficial poderá, posteriormente, recepcionar as assinaturas das partes nos termos, fazendo referência à data da assinatura presencial, sendo que a mencionada assinatura é facultativa.
§ 7º Excepcionalmente, quando utilizados outros meios de reconhecimento das partes, como a videoconferência, a diligência de preposto no momento da assinatura, dentre outros, ou havendo prévio requerimento expresso das partes, que ficará arquivado na serventia, poderão ser utilizados outros meios de comprovação da autoria e da integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento, conforme disposto n § 2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 2001.

372 Dados informados pelo CNJ em: "Coronavírus: Casamentos por videoconferência se tornam opção em Pernambuco." Disponível em: https://www.cnj.jus.br/casamentos-por-videoconferencia-se-tornam-opcao-para-casais-em-pernambuco-durante-pandemia/. Acesso em: 15 maio 2021.

Havendo essa possibilidade de extrair a certidão do registro, impossível torna-se comprovar o casamento por qualquer outro meio de prova. A certidão do registro é, portanto, considerada uma prova pré-constituída de presunção relativa de veracidade.

Já a falta do registro ou a sua destruição induz presunção relativa de inexistência do casamento. Assim, justificada a falta ou a perda do registro civil, admite-se qualquer outra espécie de prova, ou seja, a prova supletória que poderá ser direta ou indireta. Importante é não confundir a perda da certidão do registro civil (certidão de casamento) com a perda do registro civil. Na primeira hipótese, basta solicitar no registro civil a segunda via da respectiva certidão. Já na segunda hipótese, impossível torna-se qualquer segunda via, pois foi o próprio registro que se perdeu. Para ilustrar, podem ser citadas as seguintes situações geradoras da falta e da perda do registro, respectivamente: não-lavratura do termo pelo oficial do registro; e destruição do livro de registro de casamento em razão de incêndio ou enchente.

A prova supletória direta pode ser feita mediante justificação requerida ao juiz competente, utilizando-se qualquer meio de prova, como, por exemplo, outros documentos públicos que mencionem o estado civil de casado (passaporte, por exemplo) ou as próprias testemunhas do ato.

A prova supletória indireta pode ser utilizada por aquelas pessoas que vivam publicamente como marido e mulher, configurando o que se chama de *posse do estado de casado*. Inicialmente, pode-se pensar que os companheiros de uma união estável poderiam facilmente se valer de prova indireta para comprovar um casamento que nunca existiu. Contudo, é importante reforçar que a *posse do estado de casado* só pode ser admitida como prova supletória, ou seja, para se valer dela, necessário é comprovar primeiro a perda ou a falta do registro. Além disso, não é tão simples caracterizar a *posse do estado de casado*, pois os seus três elementos definidores, *nomen, tractatus* e *fama*, devem ser demonstrados por quem a alega. Assim, a mulher deve usar o nome do marido (*nomen*),[373] ambos devem tratar-se como casados (*tractatus*) e a sociedade deve reconhecê-los como cônjuges (*fama*).

Estabelece o artigo 1.545 do Código Civil que o casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado. Tal regra fazia sentido quando o ordenamento jurídico brasileiro dispensava tratamento desigual em relação aos filhos oriundos do casamento (legítimos) e aos obtidos fora do casamento (ilegítimos). Contudo, com a igualdade filial inaugurada pela Constituição Federal de 1988 (art. 227, § 6º), a

373 Evidentemente tal característica não pode mais ser considerada indispensável, pois, desde a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), a mulher passou a ter a opção de adotar ou não o sobrenome do marido. Além disso, a partir da igualdade entre marido e mulher estabelecida pela CF/88, essa faculdade também foi estendida ao marido. Conclui-se que é possível encontrar na sociedade cônjuges que adotaram e cônjuges que não adotaram o sobrenome do outro.

utilização pelos filhos da *posse do estado de casado* para provar o casamento dos pais perdeu completamente a relevância.

Quando a prova da celebração legal do casamento resultar de processo judicial, o registro da sentença no livro do Registro Civil produzirá, tanto no que toca aos cônjuges como no que diz respeito aos filhos, todos os efeitos civis desde a data do casamento, ou seja, os efeitos da sentença declaratória são retroativos (*ex tunc*). A ação declaratória é o meio adequado para provar a existência do casamento se perdido ou extraviado o registro civil.

Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados. Trata-se da aplicação da presunção *in dubio pro matrimonio*.

## 6.14.1 Prova do casamento realizado no exterior

De acordo com o artigo 7º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), "o casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes." Esse casamento só é possível quando ambos os contraentes forem conacionais.

Assim, dois brasileiros poderão se casar no exterior perante o cônsul brasileiro de carreira e, para provar o casamento, basta apresentar a certidão do registro do consulado. Se um dos nubentes não tiver nacionalidade brasileira, o cônsul do Brasil não tem competência para realizar o casamento.

O casamento de brasileiro celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou por cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir (art. 1.544 do CC/02). O registro serve para dar a devida publicidade, mas a sua falta não invalida o casamento.[374]

Conforme alerta Carlos Roberto Gonçalves, não se exige o registro, no Brasil, do casamento de estrangeiros celebrado no exterior, "pois em princípio os atos e fatos ocorridos em outro país não entram no registro civil. Basta aos cônjuges apresentar a certidão do casamento autenticada pela autoridade consular, para provarem seu estado civil."[375]

---

374 CASAMENTO REALIZADO NO ESTRANGEIRO, SEM QUE TENHA SIDO REGISTRADO NO PAÍS. O casamento realizado no exterior produz efeitos no Brasil, ainda que não tenha sido aqui registrado. Recurso especial conhecido e provido em parte, tão-só quanto à fixação dos honorários de advogado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 440.443; Proc. 2002/0065653-3; RS; 3ª T.; Rel. Min. Ari Pargendler; DJU 26/05/2003; p. 360). CIVIL. CASAMENTO REALIZADO NO ESTRANGEIRO. MATRIMÔNIO SUBSEQÜENTE NO PAÍS, SEM PRÉVIO DIVÓRCIO. ANULAÇÃO. O casamento realizado no estrangeiro é válido no país, tenha ou não sido aqui registrado, e por isso impede novo matrimônio, salvo se desfeito o anterior. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 280.197/RJ*, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 11/06/2002, DJ 05/08/2002, p. 328)

375 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 202, v.6. *E-book*.

Assim, o casamento realizado no exterior, sem a participação do cônsul brasileiro – logo, entre estrangeiros ou entre brasileiro e estrangeiro – prova-se de acordo com a lei do país em que se celebrou, face ao princípio de direito internacional privado *locus regit actum*.[376] Contudo, se o Brasil contar com representação diplomática onde o casamento foi realizado, conforme esclarece Maria Helena Diniz,[377] para que um documento estrangeiro produza efeitos no Brasil, deverá ser legalizado pelo cônsul brasileiro do local da realização do casamento e a firma deverá ser reconhecida no Ministério das Relações Exteriores ou nas repartições fiscais da União.

Diante do exposto, pode-se concluir que o brasileiro pode se casar no exterior de duas maneiras: perante o cônsul brasileiro, se os dois contraentes forem brasileiros; ou, sendo o outro nubente estrangeiro, perante a autoridade competente de acordo com a lei local. Se for celebrado perante o cônsul brasileiro, prova-se o casamento pela certidão respectiva. Contudo, se a celebração for realizada pela autoridade local, prova-se o casamento na forma da lei do lugar, ou seja, *locus regit actum*.

Por fim, cumpre assinalar que, por meio da Resolução n. 155, o CNJ dispôs sobre o traslado de certidões de registro civil de pessoas naturais emitidas no exterior. Assim, o traslado de nascimentos, casamentos e óbitos de brasileiros em país estrangeiro, tomados por autoridade consular brasileira, nos termos do regulamento consular, ou por autoridade estrangeira competente a que se refere o *caput* do art. 32 da Lei nº 6.015/1973, será efetuado no Livro "E" do 1º Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais da Comarca do domicílio do interessado ou do 1º Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais do Distrito Federal, sem a necessidade de autorização judicial.

## 6.15 Teoria das invalidades

### 6.15.1 Aspectos gerais e espécies de invalidades

"Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, *existência jurídica*. [...] O fato jurídico entra no mundo jurídico para que aí produza efeitos jurídicos. Tem ele, portanto, *eficácia jurídica*."[378] Dessas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, é possível extrair a ideia de que todo acontecimento social que gere aquisição, modificação ou extinção de direitos e obrigações, qualificando-se como fato jurídico *lato sensu*, pode ser analisado em dois planos: o da existência e o da eficácia.

---

376 A lei local rege os atos ali cumpridos. Art. 13 da LINDB: "A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça."

377 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 122.

378 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

Aos negócios jurídicos, porque integrantes desse gênero, aplica-se o mesmo raciocínio. Também eles podem ser considerados a partir de aspectos atinentes à sua existência e à sua eficácia. A estes não se resumem, porém. Porque compreendem o elemento vontade, como determinante dos efeitos a provocar, os negócios jurídicos admitem um terceiro plano de composição – intermediário aos outros dois –, qual seja, o da validade.

É certo que o sistema normativo permite aos sujeitos que estipulem, por meio de sua vontade declarada, as consequências jurídicas que pretendem alcançar. Por consequência, também é certo que esta deve sofrer limitações, na tentativa de "cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica."[379]

Ao mesmo tempo em que é obra permitida pela reconhecida liberdade volitiva do sujeito, o negócio é também por ela limitado. A fonte negocial é a chamada autonomia privada, um direito de autodeterminação com restrições que lhe são ínsitas.[380]

> O preceito do negócio é não só, e não tanto, o resultado normal de uma vontade (isto não passa de um dos seus aspectos), mas é, sobretudo, a manifestação de um poder, no círculo dos consorciados. Manifestação – disciplinada por normas de validade e de competência – daquele poder de autonomia, que é, acima de tudo, uma realidade da vida social, e encontra a sua legitimidade no reconhecimento jurídico.[381]

Daí porque, entre a existência e a eficácia, deve-se avaliar a validade do negócio. Verificado existir vontade, é necessário confirmar que ela está qualitativamente conforme às normas jurídicas, para, então, defini-la por hábil a causar os efeitos pretendidos. A *contrario sensu*, inválido é o negócio que contraria as limitações impostas pelo sistema jurídico. "Na invalidade, a ausência de produção dos efeitos negociais resulta de vícios ou deficiências do negócio, contemporâneos da sua formação."[382]

A invalidade subdivide-se em nulidade e anulabilidade. Diferenciam-se estas, por sua vez, proporcionalmente à maior ou à menor gravidade do vício que representam.[383] É nulo o negócio que desrespeite a ordem pública, o interesse social geral. É anulável, por sua vez, o negócio que ofenda interesses privados, apenas

---

379 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

380 "A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. [...] Tal poder não é, porém, originário e ilimitado. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e exerce-se nos limites que esse fixa, limites esses crescentes, com a passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista ou assistencial." (AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347-348).

381 BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN, 2003, v. 1, p. 108.

382 PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria geral do direito civil.* 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 605.

383 BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN, 2003, v. 3, p. 12.

restritos a certas pessoas.[384] Essa variação, porém, é definida, em cada caso, pelo próprio sistema jurídico, por meio de suas normas legais.[385]

De acordo com o teor substancial, o vício de nulidade pode ser arguido por qualquer interessado, pelo Ministério Público – na qualidade de fiscal da lei – e, inclusive, pelo magistrado, *ex officio*. Não é passível de ratificação ou convalescimento e, uma vez reconhecido judicialmente, é como se jamais tivesse o negócio existido, retroagindo a sentença à data de sua constituição – *ex tunc* – para invalidar todas as decorrências jurídicas indevidamente provocadas.[386]

Já em caso de anulabilidade, como se trata de situação prejudicial relativa, deixa-se à "apreciação do interessado, para fazer depender de uma iniciativa deste a decisão sobre se a carência virtual deve converter-se em carência atual de efeitos, ou se o preceito estabelecido pelos interessados deve, não obstante o vício, reputar-se vinculante para eles." Apenas têm legitimidade para arguir tal vício os interessados, assim comprovados ou presumidos por lei. Nesse caso, o negócio pode ser ratificado pelas partes e o vício pode convalescer. Eventual sentença que declare tal defeito obstará apenas que o negócio gere efeitos futuros – *ex nunc* – preservando-se os até então provocados.[387]

### 6.15.2 Invalidades matrimoniais: inserção na teoria geral e peculiaridades

Como um negócio jurídico que é, a família instituída pelo casamento obedece à sistemática da teoria geral em vários pontos. Tendo qualidade *sui generis* ou especial, no entanto, esse negócio jurídico apresenta algumas variações proporcionalmente às suas especificidades.

A disciplina de invalidades matrimoniais acompanha a teoria geral quanto à divisão do vício entre nulo e anulável, baseada na gravidade do defeito, bem como quanto à possibilidade ou não de convalescimento e ratificação, em cada caso. Quanto aos pontos diferenciais destacam-se três.

O *primeiro* é a não permissão que o juiz reconheça *ex officio* a nulidade matrimonial. É preciso que algum interessado ou o Ministério Público proponha ação ordinária respectiva.[388] O *segundo* diz respeito à retroatividade da sentença que declara a invalidade. Enquanto, na teoria geral, o decreto judicial de nulidade suprime os efeitos negociais desde a data de sua celebração, retroativamente, e o de anulabilidade apenas obsta sejam gerados efeitos futuros, preservando-se os anteriores; em âmbito matrimonial, tanto no primeiro quanto no segundo caso, a sentença, em regra, será *ex tunc*. Não se mantêm quaisquer decorrências provocadas. Assim, se uma pessoa solteira realiza um casamento nulo ou anulável,

---

384 PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria geral do direito civil.* 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 610.

385 BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN, 2003, v. 3, p. 13.

386 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 538.

387 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 543-544.

388 Essa é a redação do artigo 1.549 do Código Civil em vigor.

a sentença que decreta a invalidade retroage à data da celebração e essa pessoa retorna ao estado civil anterior de solteira. Por fim, *o terceiro* diferencial, ligado diretamente ao segundo, é a possibilidade de conservação das consequências jurídicas do matrimônio inválido, caso um ou ambos os nubentes desconhecerem a existência do defeito. Trata-se do casamento putativo: "é o eivado de vício que o inquina de nulidade ou anulabilidade, mas que produz os efeitos de válido, em atenção à boa-fé de ambos ou de um dos contraentes."[389]

De fato, porém, a despeito de toda essa estruturação disciplinar, há quem preveja o desaparecimento da normativa relacionada à invalidade matrimonial. A anulação do casamento era detentora de suprema importância jurídica em função da indissolubilidade matrimonial que vigeu no Brasil até o ano de 1977, quando entrou em vigor a Lei do Divórcio – Lei nº 6.515/77. Nesse contexto, a invalidade era a única alternativa hábil a levar ao fim o casamento, ainda em vida dos cônjuges. Por isso, para evitar fraudes, exigia-se, inclusive, como medida protetiva, em todo processo de anulação de casamento a nomeação do curador do vínculo e a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição.[390] Admitida, agora, a dissolubilidade pelo divórcio, a caracterização do casamento como nulo ou anulável perderia, assim, toda sua utilidade.[391]

Ainda que se reconheça a plausibilidade do comentário, tem-se por certo ser ainda de extrema valia a realização do estudo das invalidades matrimoniais, porque a pesquisa desses vícios pode revelar que o ordenamento jurídico ainda parece insistir na pretensão ora de impor às pessoas a adoção de certos protótipos de vida; ora de excluir algumas delas desse processo. E tudo isso talvez esteja ligado à dificuldade de encarar, contemporaneamente, o casamento como família matrimonial, ou seja, como mais uma das espécies de família existentes – nem melhor, nem pior.

### 6.15.3 Casamento inexistente

Antes de verificar se o casamento é válido e eficaz, faz-se necessário averiguar se ele existe. Portanto, o plano da existência antecede ao da validade.

Para Maria Berenice Dias[392] e Sílvio Rodrigues,[393] a teoria do casamento inexistente é inconveniente e inútil, pois pode ser vantajosamente substituída pelas

389 Tal hipótese está prevista no artigo 1.561 do Código Civil e será objeto de estudo adiante no item 6.15.6.

390 A figura do curador do vínculo não foi recepcionada pelo Código Civil de 2002 e o duplo grau de jurisdição foi eliminado com a nova redação dada ao art. 475 do CPC/73 pela Lei nº 10.352/01. No Código de Processo Civil/2015, o artigo 496, que se refere à Remessa Necessária, corresponde à previsão do artigo 475 do CPC/73.

391 Esse é o comentário de RODRIGUES, Sílvio. Do casamento. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 17, p. 67.

392 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 503.

393 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83-86.

regras de anulação do casamento. Contudo, não é essa posição que prevalece na doutrina e na jurisprudência.

O casamento inexistente é simples aparência, por isso, geralmente, não é necessário que sua ineficácia seja declarada. Entretanto, em alguns casos, como, por exemplo, diante da lavratura do assento, necessária será a intervenção do Estado para proclamar a sua inexistência jurídica. A declaração de inexistência do casamento não está sujeita a prazo prescricional ou decadência, pode se dar a qualquer tempo.

O casamento inexistente não exige, naturalmente, a ação ordinária de nulidade ou de anulabilidade, já que a análise dos vícios que autorizam a sua anulação pressupõe a realidade jurídica do matrimônio. O interessado deve requerer declaração ao juiz, que, examinando o título e a situação de fato, dirá se é inexistente ou não, ou seja, se a situação tem ou não existência legal. Trata-se, portanto, de ação declaratória.

A teoria do casamento inexistente, segundo Caio Mário da Silva Pereira, foi desenvolvida por "Zachariae, escritor tedesco do século XIX, em Comentários ao Código Civil francês de 1804, aparecidos em 1808 na Alemanha, e traduzidos em 1839 por Aubry *et* Rau. E mais tarde desenvolvida por Saleilles, em estudo aparecido em 1911."[394] A discussão surgiu porque o Código Civil francês, no art. 146, estabelece que a ausência absoluta de consentimento obsta à formação do casamento, por isso passou-se a defender que, nessa hipótese, deveria ser proclamada a inexistência e não a nulidade do casamento. Adotou-se o princípio de que não há nulidade sem texto legal (*pas de nullité sans texte*).

Não há previsão legal de casamento inexistente. Trata-se de uma construção doutrinária. Surgiu pelo fato de, em matéria de casamento, não se admitirem nulidades virtuais, apenas textuais. Um casamento só é nulo ou anulável diante de previsão expressa em lei. Dito de outra forma: não há nulidade sem lei, a nulidade ou anulabilidade de um ato nupcial só pode ser pronunciada a partir de um texto normativo.[395]

Como as hipóteses de casamento inexistente, identificadas pelos estudiosos ,não figuram como uma das hipóteses de casamento nulo ou anulável, necessária foi a criação da teoria do casamento inexistente para remediar a situação.

Nas hipóteses de casamento inexistente, falta pressuposto fático para a realização do ato. Assim, se porventura um casamento se realizou sem o consentimento de um ou de ambos os contraentes ou, ainda, se não houve celebração de casamento e, mesmo assim, uma certidão foi lavrada, não cabe o pedido de nulidade ou anulabilidade desse ato, basta tão somente ajuizar uma ação declaratória de inexistência do ato.

394 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5, p. 129.

395 Como exemplo, basta citar o ato jurídico praticado por um menor de 16 anos que, de acordo com o art. 166, I, do Código Civil, é considerado nulo. Entretanto, por força da mesma lei (art. 1550, I, do CC/02), caso se trate de casamento realizado por um menor de 16 anos ele seria anulável.

**A) Identidade de sexos**

Antes alçada à condição de elemento constitutivo do casamento, a identidade de sexos perdeu essa posição, tendo em vista as decisões do STF (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132), bem como o conteúdo da Resolução 175 do CNJ. A possibilidade jurídica do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, inclusive, foi objeto das reflexões no item 6.3.4 desta obra.

Assim, pode-se dizer que tal elemento não mais prevalece, remanescendo, assim, as demais hipóteses de inexistência de casamento.

**B) Ausência total de consentimento**

Sendo o cerne do casamento o consenso estabelecido entre os nubentes, a partir das suas respectivas manifestações de vontade, é dedução imediata considerar inexistente o matrimônio que não contar com tal requisito.

Em Minas Gerais, foi ajuizada uma ação declaratória de inexistência de casamento por uma mulher, alegando que, ao tentar dar entrada no Cartório de Registro Civil dos documentos para contrair matrimônio, foi surpreendida com anotação em seu registro de núpcias realizadas em 26/12/87, no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais - I Zona de Porto Alegre - RS, com o Sr. Ivo. Alegou que jamais se casou, não conhece o suposto marido e nunca esteve naquele Estado da Federação; que tomando conhecimento do fato, registrou ocorrência na Delegacia Especializada de Falsificações e Defraudações da Capital mineira. Requereu que fosse declarado inexistente o "casamento", uma vez que não consentiu com ele, não esteve presente ao ato, sendo substituída por uma impostora. As alegações da requerente restaram provadas de forma a não deixar qualquer sombra de dúvida de ter sido ela vítima de golpe inédito e inexplicável. O exame pericial levado a efeito na instrução do processo concluiu ser falso o espécime de assinatura atribuído à mulher[396].

Tem-se, também, por inexistente o casamento celebrado por procuração outorgada por instrumento particular, ou sem poderes especiais ou, ainda, ultrapassado o prazo de 90 dias estabelecido no artigo 1.542, § 3º, do Código Civil. Todas as hipóteses apresentadas não caracterizam declaração manifestada por um incapaz de consentir, nem vontade defeituosa, eivada de erro ou coação, que poderiam gerar a anulabilidade, mas a ausência total de consentimento, por isso, inexistente o casamento. Essa é uma distinção elementar. É importante não confundir ausência total de consentimento com consentimento viciado ou defeituoso. Na primeira hipótese, tem-se o casamento inexistente e, na segunda, casamento inválido.

---

396 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. – *Proc. nº 1.0000.00.150701-1/000(1)* – Rel. Carreira Machado – Data da publicação: 04/04/00.

**C)Falta de celebração**

Basta imaginar um casamento realizado por um delegado de polícia ou por um simples particular. Celebração de casamento não é. Assim, se duas pessoas declaram-se casadas sem que tenha havido a celebração na forma prevista em lei, a hipótese será de casamento inexistente.

A incompetência da autoridade celebrante há de ser em razão da matéria (*ratione materiae*) para que se declare a inexistência do casamento. Se a incompetência da autoridade celebrante for em razão do lugar, não será hipótese de casamento inexistente, mas de casamento anulável, de acordo com o artigo 1.550, VI, do Código Civil.

Contudo, seja qual for a hipótese de incompetência, face à tutela da teoria da aparência e da boa-fé, de acordo com o artigo 1.554 do Código Civil, subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil.

## 6.15.4. Casamento nulo

Conforme dito anteriormente, no que tange à caracterização da nulidade, o negócio jurídico matrimonial segue a regra: será nulo quando compreender vício que se considere, por lei, ofensivo à ordem pública. Trata-se de aplicação do princípio da supremacia do interesse público que, expresso de outra forma, impede a validação da escolha pessoal em prol da garantia de aspecto socialmente importante.

Vale, pois, perguntar: esse princípio jurídico existe, verdadeiramente, na atual ordem constitucional? Estão as pessoas limitadas a promover opções compatíveis com certos parâmetros sociais? A sociedade sobrepõe-se ao indivíduo, inclusive, e, sobretudo, nas decisões inerentes à privacidade deste? Essas dúvidas vêm permeando uma discussão travada por vozes autorizadas, dentre as quais se destaca a de Daniel Sarmento.

Para o referido autor, diante de um sistema jurídico que, em sede constitucional, intitula o Estado como Democrático de Direito, admitindo a pluralidade e a prioridade na defesa de direitos fundamentais, a ideia de supremacia do interesse público merece, no mínimo, uma revisão. Isso porque, segundo ele mesmo assevera, de antemão, o "princípio em debate apresenta indisfarçáveis traços autoritários, que não encontram respaldo numa ordem constitucional como a brasileira",[397] que se dispõe a proteger a dignidade pessoal.

Nos moldes em que se apresenta a Constituição Federal de 1988, o autor entende ser necessário adotar uma leitura personalista, que não admita resumir a pessoa a simples ferramenta social, nem admita desmerecê-la em favor da

397 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 27.

maioria.[398] Este é o resultado: não há que se falar em supremacia de um interesse público que gera servidão ao Estado ou à maioria.

Isso não quer dizer, porém, que seja defensável a preponderância de um interesse privado, em qualquer hipótese. Afinal, foi exatamente essa ideia que, ao longo dos tempos – inclusive em âmbito familiar –, acabou por tornar submissa uma pessoa em relação à outra.[399]

> O personalismo afirma a primazia da pessoa humana sobre o Estado e qualquer entidade intermediária, e reconhece no indivíduo a capacidade moral de escolher seus projetos e planos de vida. Mas não adota uma leitura abstrata e metafísica da pessoa, pressupondo, ao contrário, tanto a existência de carências humanas materiais – que devem ser superadas com o apoio estatal – como a importância dos vínculos sociais na constituição da própria personalidade.[400]

Cumpre, enfim, avaliar a plausibilidade das hipóteses de nulidade nupcial previstas no artigo 1.548 do Código Civil, a partir de mais esse pressuposto, em reforço à significação atual de família.

**A) A revogada nulidade do casamento realizado pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil**

Até o advento da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), conforme previa o artigo 1.548 do Código Civil em vigor, a primeira situação (inciso I) de casamento nulo ocorria quando ele houvesse sido contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Esta hipótese foi revogada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que revogou e alterou a redação de diversos dispositivos do Código Civil e promoveu nova configuração à teoria das incapacidades. A partir de então, a incapacidade absoluta é aferida apenas pelo critério etário: menores de 16 anos.

---

398 As ideias correspondem, respectivamente, à filosofia organicista e à utilitarista. Para mais esclarecimentos a respeito, vale conferir o conteúdo da obra do citado constitucionalista: SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54 e segs.

399 Quando o autor faz essa ressalva, ele se refere, especificamente, ao individualismo burguês que conceituou a pessoa como centro de interesses patrimoniais e a considerou em igualdade formal perante a todos. Como é sabido, também não pode vingar essa ideia de tratamento pessoal abstrato. Afinal, foi por ela, inclusive, que a estrutura codicista oitocentista cedeu. (SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 67).

400 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 78-79.

Em princípio, a revogada regra do artigo 1.548, inciso I do Código Civil parecia uma decorrência lógica de outra, atinente à capacidade civil dos sujeitos de direito. Partindo do pressuposto de que os absolutamente incapazes estão privados do exercício autônomo de sua personalidade[401] quanto a todos os atos da vida civil, não podem, por consequência, firmar casamento, haja vista ser este uma espécie – ainda que *sui generis* – de negócio jurídico.

No entanto, atenção um pouco maior leva à percepção de que, em verdade, por meio dessa vedação,[402] o que o ordenamento jurídico fixava era a incapacidade das pessoas com deficiência mental,[403] absolutamente incapazes à época,[404] constituírem esse tipo de família. Visto dessa forma, talvez se estivesse diante de uma grande incoerência.

Considere-se que a família matrimonial – como todos os demais tipos – se sustenta geralmente no afeto que mantêm entre si os que a integram e se volta ao objetivo de fomentar o desenvolvimento sadio da personalidade deles. Negada a formação dessa família, também está negado o direito de constituição pessoal. E isso alcança destacada gravidade ao se tratar das pessoas com deficiência.

Pessoas com deficiência são humanas e, pois, hábeis ao desenvolvimento afetivo e social.[405] Dessa forma, se a família matrimonial é capaz de desempenhar essa função, ela aufere relevância ainda maior relativamente a esses sujeitos. Em última instância, pode soar como despautério a negativa de eles ingressarem naquela.

Isso se reforça, ademais, pelo fato de que – além da Constituição Federal de 1988, de forma direta, ter adotado o parâmetro de tutela da pessoa, entendida com suas limitações e deficiências – o Brasil tenha adotado as Normas e Recomendações Internacionais sobre Deficiência, obrigando-se a cumpri-las, em âmbito interno, sendo imperativa a promoção de práticas de inclusão social das pessoas com deficiência, com destaque para a própria estruturação familiar. Senão, veja-se:

> Regra 9. Vida familiar e integridade pessoal.
> Os Estados devem promover a plena participação de pessoas com deficiência na vida em família, devem promover seu direito à integridade pessoal e velar para que a legislação não faça discriminações de pessoas com deficiência no que se refere a relações sexuais, a casamento e a procriação.

---

401 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 220-221.

402 Assim é dito, porque a nulidade é uma sanção imposta à ocorrência proibida por lei, conforme já se teve oportunidade de tratar neste texto.

403 Diz-se apenas pessoas com deficiência mental porque os absolutamente incapazes por idade, isto é, os menores de 16 anos – conforme artigo 3º do Código Civil – já não têm capacidade para casar por lhes faltar a idade núbil.

404 É o que estabelece o Enunciado 332 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "A hipótese de nulidade prevista no inc. I do art. 1.548 do Código Civil se restringe ao casamento realizado por enfermo mental absolutamente incapaz, nos termos do inc. II do art. 3º do Código Civil."

405 DIEHL, Rosilene Moraes. *Jogando com as diferenças.* São Paulo: Phorte, 2006, p. 86.

> 1. Considerando a possibilidade de pessoas com deficiência terem dificuldades para se casar ou constituir uma família, os Estados devem promover o estabelecimento de serviços apropriados de orientação.
> 2. Os Estados devem promover medidas com vistas a modificar atitudes negativas que ainda perdurem na sociedade, com referência ao casamento, a sexualidade e a paternidade ou maternidade de pessoas com deficiência, [...]. Os meios de informação devem ser exortados a desempenhar papel importante na eliminação das mencionadas atitudes negativas.[406]

Por tudo isso, a vedação à constituição da família matrimonial dos doentes e pessoas com deficiência mental talvez pudesse ser vista como contrariedade ao propósito de defesa da pessoa e, também, do direito à inclusão social, posto fomentar, ao revés, o tratamento desigual e depreciativo deles.[407]

Nesse sentido, a nulidade do casamento de pessoas com deficiência mental não mais subsiste, eis que revogado o inciso II do artigo 3º do Código Civil que incluía entre os absolutamente incapazes aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil. O que persiste, como regra ampla, é a possibilidade de ser anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o seu consentimento, a teor do artigo 1.550, inciso IV do Código Civil. Situação que pode abranger não só, mas também, a pessoa com deficiência.

A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 reconheceu que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive, para casar-se e constituir união estável (art. 6º, inciso I); exercer direitos sexuais e reprodutivos (art. 6º, inciso II); exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar (art. 6º, inciso III); conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória (art. 6º, inciso IV); exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária (art. 6º, inciso V); e, finalmente, exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (art. 6º, inciso VI).

Na esteira das alterações ao Código Civil promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, também há de se mencionar a inclusão do parágrafo segundo ao artigo 1.550 com a seguinte redação:

> Art. 1550 (....).
> § 2º. A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).

---

406 NAÇÕES UNIDAS. *Regras gerais sobre igualdade de oportunidade para pessoas com deficiência*: adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 48/96, de 20 de dezembro de 1993 Disponível em: http://www.senai.br/psai/download/resolu%C3%A7%C3%A3o_48.pdf. Acesso em: 16 out. 2007.

407 Não se ignora, aqui, os problemas práticos que fatalmente surtirão ao se tentar viabilizar essa ideia. No entanto, não se crê ser este um argumento suficiente para a manutenção da vedação.

Apesar do louvável propósito de inclusão, as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, principalmente aquelas relacionadas ao regime das incapacidades, permitiram novos questionamentos, pois, ao desconsiderar as peculiaridades de cada pessoa com deficiência, acabou por sujeitar algumas à desproteção, como salienta Raphael Furtado Carminate, citando o Código Civil, o Estatuto da Pessoa com deficiência e o autor Souza:

> No entanto, ao se dar efetividade aos preceitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, reconhecendo-se a autonomia e a capacidade das pessoas com deficiência, rompendo-se com o regime de incapacidades vigente até então, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015a) termina por repetir o equívoco da legislação revogada, que partia de presunções genéricas para se atribuir capacidade de exercício às pessoas naturais. A distinção substancial, relacionada ao tema discutido, entre a norma revogada e a norma vigente é apenas com relação aos efeitos desta presunção. Se na redação original do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) as pessoas com deficiência mental ou intelectual eram presumidamente incapazes, ou seja, a deficiência implicava, por si, em negativa de capacidade de fato, após as modificações promovidas pelo Estatuto (BRASIL, 2015) todas estas pessoas passaram a ser presumidamente capazes, inclusive para casar e constituir união estável, independentemente do prejuízo que a deficiência causa para o discernimento do indivíduo em cada caso concreto. Novamente se estandardizou as pessoas com deficiência, ignorando-se o mundo real fático, no qual se observa que "os deficientes mentais e intelectuais não são todos da mesma forma e do mesmo nível" (SOUZA, 2016, p. 368). Há pessoas com deficiência mental ou intelectual que não sofrem qualquer prejuízo ou têm o discernimento minimamente prejudicado, noutras, o dano é médio ou moderado, enquanto alguns não têm qualquer discernimento. Ademais o prejuízo ou ausência de discernimento pode recair exclusivamente sobre questões de caráter patrimonial, de caráter existencial, ou abarcar todos os atos da vida civil. Ao se dispensar tratamento unitário para todas estas múltiplas possibilidades, igualando formalmente pessoas em situações completamente distintas, abandona-se a finalidade protetiva do regime das incapacidades e se amplia a situação de vulnerabilidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual, pois permite a elas praticarem atos para os quais não há discernimento.[408]

Não se intenciona aqui retomar a defesa da nulidade do casamento de pessoas com deficiência mental, muito pelo contrário, uma vez que se reconhece que deficiência mental não é sinônimo nem de falta de discernimento nem de ausência de autonomia. O que se pretendeu foi demonstrar que mesmo uma legislação de cunho inclusivo corre o risco de desconsiderar a realidade ao tratar indistintamente pessoas com necessidades diversas, podendo, inclusive, desprotegê-las.

**B)Nulidade do casamento por infringência de impedimento**

A segunda situação de casamento nulo, prevista no artigo 1.548 do vigente Código Civil, atine à hipótese de contrariedade aos impedimentos matrimoniais.

408 CARMINATE, Raphael Furtado. *Capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para constituir família*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 178-179.

Dentre estes, por sua vez, interessa analisar o fundado no vínculo de parentesco havido entre os nubentes e o fundado em casamento anterior não findo.[409]

Sobre o parentesco, um dos principais fundamentos indicados para considerá-lo óbice nupcial tem natureza eugênica. Nas palavras de Carvalho Santos, as razões são "de ordem fisiológica, em defesa da melhoria da raça, da pureza dos costumes e mesmo da ética, para que a atmosfera moral da família se conserve mais pura."[410] Como os parentes, sexualmente relacionados, podem dar ensejo a proles geneticamente defeituosas, a solução dada para evitar tal resultado foi impedir que eles se casem.

O termo 'eugenia' foi usado pela primeira vez em 1883, pelo cientista inglês Francis Galton, pioneiro do tratamento matemático da hereditariedade. Derivado do grego, esse termo significava *bom nascimento*. Atualmente, significa o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações, seja física ou mentalmente.[411] É o estudo que tem o objetivo de criar mecanismos, inclusive de políticas públicas, para promover o progresso, aqui considerado como a pureza física e mental da espécie. Para tanto, faz-se necessário proibir a reprodução de seres geneticamente malformados.

O problema é que as práticas eugênicas, valendo-se da eliminação do risco de sujeitos *não-puros*, muito se aproximam do segregacionismo, isto é, da tentativa de discriminar as pessoas em função de suas qualidades, como se elas fossem menos merecedoras ou até desmerecedoras de respeito.

Isso se sustenta sob a concepção da família matrimonial? Pode o Estado intervir na formação desta sob o pretexto de impedir que dela derivem sujeitos *piores* pela composição genética? Não seria esta uma maneira sutil de realizar o racismo, prática que o próprio ordenamento qualifica por crime?

Refletindo sobre esses aspectos, quem sabe esse impedimento matrimonial seja também uma indevida violação ao parâmetro personalista, que parece ter sido eleito constitucionalmente. E, se essa afirmativa é adequada, na sua esteira talvez se possa incluir também a regra do impedimento proveniente da preexistência de casamento não findo.

Sobre essa causa de nulidade, o que vem à baila para ser discutido é o parâmetro da monogamia. Sendo assim, basta reiterar as observações anteriormente formuladas e sublinhar a conclusão já obtida de que, efetivamente, a exclusividade sexual e/ou conjugal não é um princípio jurídico. Portanto, se inviável é a exigibilidade de uma postura monogâmica, esse argumento pode fragilizar a hipótese de nulidade matrimonial devido a casamento anterior de um dos cônjuges ainda existente. É algo a se pensar.[412]

---

409 Essas hipóteses vêm previstas no artigo 1.521, I a VI, do Código Civil.

410 SANTOS, J. M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado.* 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. 4, p. 40.

411 LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da. *Dicionário de bioética*. Tradução de A. Maria da Rocha. Aparecida: Editorial Perpétuo Socorro, 2001, p. 447.

412 Admite-se, aqui, que o afastamento desse vício de nulidade requer mais estudos e aprofundamentos. Nesta obra, uma primária discussão do assunto é feita na sede do Capítulo 9, reservado à União Estável, ao qual se encaminha o leitor.

**C)Nulidade do casamento por simulação**

Partindo do pressuposto segundo o qual o casamento é um negócio jurídico *sui generis*, ainda que se entenda que para haver nulidade é preciso haver texto legal respectivo, esse entendimento não pode levar à conclusão de que causas gerais escapam da hipótese. Noutras palavras, como espécie do gênero, à família matrimonial se estendem as nulidades negociais gerais, na medida em que não contempladas na normativa particular.

Nesse sentido, a leitura dos artigos 166 e 167 do Código Civil é imprescindível. Em paralelo às causas específicas de nulidade matrimonial, nota-se que há uma causa não relembrada pontualmente, pela disciplina legal do casamento: a simulação. Essa circunstância, a despeito de reservada à menção explícita na teoria geral, há que se aplicar aos acordos matrimoniais.

Logo, negócio jurídico simulado é nulo também na hipótese em que seu conteúdo consistir no advento do casamento. E, em sendo assim, as regras de identificação e de remediação do vício são as mesmas.

### 6.15.4.1 Legitimidade e prazo para requerer a nulidade do casamento

A decretação de nulidade de casamento pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público (art. 1.549 do Código Civil). Por ser um ato jurídico nulo, a lei não estabelece prazo para se pedir a nulidade do casamento, portanto pode ser pedida a qualquer tempo. Contudo, diferentemente dos demais atos jurídicos nulos, em matéria de casamento, não tem o juiz legitimidade para declará-lo nulo *ex officio*.

### 6.15.5 Casamento anulável

Diferentemente das nulidades, as hipóteses de anulabilidade matrimonial compreendem vícios de menor gravidade, porque afrontam interesses particulares apenas.

Isso fica claro, especialmente, quando se analisa, dentre esses defeitos relativos, aqueles internos – previstos nos incisos III e V do artigo 1.550 do Código Civil em vigor – para cuja caracterização é decisiva a subjetividade do ofendido na consideração da própria ofensa. Dito de outra forma, o interessante é que a disciplina jurídica dessas anulabilidades pressupõe que o defeito não seja caracterizado externamente ao sujeito; ao revés, é este – e somente este – que assim qualifica a situação, incluindo-a numa das previstas categorias legais. Logo, pode ou não crer na existência de vício e, por consequência, pode ou não reivindicar seu reconhecimento judicial com a respectiva anulação do casamento. É a pessoa que cabe concluir se incorreu ou não em erro[413] e se sofreu ou não coação (inciso

413 ANULAÇÃO DE CASAMENTO – Nubente induzido em erro. Procedência. Admissibilidade. Casamento assumido dada a imputação de paternidade que, após, foi firmada ser de outrem.

III), bem como se não quer se considerar casada por não ter dado consentimento – mandante que revogou o mandato – ou se não quer permanecer casada com aquele

---

Dubiedade de postura que configura erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AC 73.743-4 – 4ª CDPriv. – Rel. Des. Fonseca Tavares – J. 11.03.199903.11.1999)

ANULAÇÃO DE CASAMENTO – Alegado erro essencial. Toxicomania do cônjuge. Fato desconhecido. Insustentabilidade da convivência em comum. Ação proposta dentro do prazo decadencial. Sentença. Decretação da anulação. Remessa improvida. Unânime. Restando amplamente comprovado nos autos que a autora ignorava o fato de ser o réu dependente de drogas, realidade que só veio à tona alguns meses depois do matrimônio, tornando insustentável a convivência entre as partes, impõe-se a decretação da anulação do casamento, eis que cuida a hipótese de erro essencial em relação à pessoa do cônjuge. Ação proposta dentro do prazo decadencial de dois anos previsto no art. 178, § 7º, inc. I, do Código Civil. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *REO 1.092/99* – (119.839) – 4ª T. – Rel. Des. Lecir Manoel da Luz – DJU 24.11.199911.24.1999)

ANULAÇÃO DE CASAMENTO – Insurgimento por parte do réu. Descabimento. Réu que é envolvido com a prática de ilícitos penais. Caráter zombeteiro em relação à autora. Desvio de comportamento. Ocorrência. Configuração de erro sobre a pessoa. Conhecimento posterior ao casamento. Insuportabilidade da vida em comum. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *AC 136.252-4* – 1ª CDPriv. – Rel. Des. Guimarães e Souza – J. 29.02.200002.29.2000)

ANULAÇÃO DE CASAMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Vício de vontade. Esposa que desconhecia o homossexualismo do marido antes do casamento. Arts. 1.556 e 1.557 do Código Civil. Comprovação dos requisitos para anulação. Recurso, nesse sentido, provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *AC 580.938.4/6*; Ac. 3250468; 4ª C.D.Priv.; Rel. Des. Teixeira Leite; DJESP 10/10/2008*)*

CASAMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA PROMOVIDA PELO MARIDO – ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO OUTRO CÔNJUGE – CARACTERIZAÇÃO – RELAÇÕES SEXUAIS ANÔMALAS – CONFISSÃO DA MULHER DE PRÁTICA DE LESBIANISMO – FATO DESCONHECIDO PELO MARIDO ANTES DAS NÚPCIAS – INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM – ANULAÇÃO DO CASAMENTO BEM DECRETADA PELA SENTENÇA DE 1º GRAU DE JURISDIÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 219, I, DO CC – A prática do lesbianismo pela mulher, desconhecida pelo marido antes das núpcias, constitui causa para anulação do casamento, com fundamento em erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. *RN 0022651100 (SJ)* – (Ac. 8.120) – 4ª C.Cív. – Rel. p/o Ac. Des. Wilson Reback – J. 07.10.199210.07.1992)

453 – ANULAÇÃO DE CASAMENTO – ERRO ESSENCIAL DE PESSOA – Se o marido antes de casar possui consultório odontológico e ali exerce sua profissão e, após o matrimônio, abandona a profissão e se dedica exclusivamente ao misticismo, não procurando a mulher para contato sexual, mantém uma pirâmide no imóvel e ali permanece por longos períodos, e se joga do apartamento onde mora, sem motivo, torna-se outra pessoa, diversa daquele com quem a autora contraiu núpcias. Erro essencial, posto que se agisse dessa forma antes de casar, não haveria o casamento. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. REO 227/98 – 9ª C.Cív. – Rel. Des. Joaquim Alves de Brito – J. 02.09.199809.02.1998)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. DIREITO FALIMENTAR. PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA REJEITADA. MASSA FALIDA. TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL PARTICULAR DE CÔNJUGE PARA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL. CASAMENTO SOB O REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. NECESSIDADE DE OUTORGA CONJUGAL. ART. 1.647, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL. INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. ANULAÇÃO. - Nos moldes do art. 1.649 do Código Civil, "a falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal". Prejudicial de decadência rejeitada. - Ressalvada a obtenção de suprimento judicial, nenhum dos cônjuges poderá, sem a autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ainda que particulares. - É anulável o negócio jurídico praticado pela esposa, que transfere para a sociedade empresária, durante a constância do matrimônio, submetido ao regime de comunhão parcial de bens, sem a necessária concordância do marido, imóvel destinado à integralização do capital social. (MINAS GERAIS. TJMG - *Apelação Cível 1.0024.17.004220-4/004*, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta, 4ª Câmara Cível, julgamento em 08/11/2018, publicação da súmula em 13/11/2018).

que não deu, verdadeiramente, seu consentimento no ato da celebração – consorte não mandante que desconhecia a revogação na cerimônia matrimonial (inciso V).

Percebido esse aspecto, o sistema de anulabilidades surge mais adequado aos pressupostos que se tem defendido nesta obra. Afinal, se é preciso deixar à autonomia do agente escolhas relativas à sua própria personalidade – na qual se inclui a família – e se isso impõe ao Estado uma postura colaboradora, nada mais coerente do que deixar aos sentimentos do sujeito a avaliação de eventuais ofensas sofridas e a iniciativa de solicitar que sejam essas judicialmente interrompidas.

Escapa dessa lógica, porém, a hipótese do incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco seu consentimento (inciso IV). Nessa circunstância, assenta-se a dúvida quanto à suficiência do consentimento dos assistentes legais para tornar válida a família matrimonial, sanando o vício, ou, se na verdade, nem mesmo havendo a autorização destes últimos, o matrimônio se valida. A doutrina é silente a esse respeito, mas, ao apenas enunciar o limite de 180 dias para a propositura da ação de anulação (art. 1.560, I, do CC/02), dá a entender que a única forma de saneamento desse relativo vício seria pelo convalescimento derivado da expiração desse prazo. Daí porque se ter dito que, ao que parece, essa causa de anulabilidade foge à regra de saneamento aplicável àquelas de caráter externo, haja vista que não é curada pelo cumprimento do requisito faltoso – como seria a aquiescência dos assistentes legais –, o qual nem parece haver.

Vale, por fim, precisar à qual situação se refere esse dispositivo legal. A doutrina atenta[414] afirma tratar-se de referência a sujeito relativamente incapaz, já que o vício provocado é a anulabilidade. No entanto, considerando que os incisos I e II deste artigo 1.550 já tratam daqueles cuja incapacidade relativa tem por fonte a idade e que o pródigo pode se casar livremente, restam para o inciso IV as situações descritas no inciso II do artigo 4º do Código Civil, ou seja, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos.

Se essa conclusão for adequada, ela leva a outra extremamente incoerente: têm esses relativamente incapazes o direito de constituir família matrimonial apenas se contarem com o acaso de não ser proposta a ação declaratória, pelo interessado, no prazo legal. Mais uma vez, está-se diante de uma frontal e fatal ofensa à justificativa da formação familiar. É difícil aceitar que seja preciso contar com a sorte para instituir validamente uma família matrimonial e, principalmente, que quem se sujeite a isso sejam pessoas que necessitam de estímulos maiores e melhores – comparativamente aos demais – para formar a própria personalidade.

### 6.15.5.1. Legitimidade e prazo para requerer a anulabilidade do casamento

Para cada hipótese de anulação de casamento tipificada em lei, é estabelecido um prazo decadencial de anulação, bem como as pessoas que têm legitimidade para

414 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 149; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 6, p. 159.

pedi-la. Entretanto, se os legitimados preferirem silenciar ou se mantiverem inertes, deixando escoar os prazos decadenciais, o casamento convalida-se do vício de que era portador. Ao lado dessa alternativa, o convalescimento do defeito, em algumas hipóteses, ainda pode se dar por satisfação da exigência descumprida quando da constituição matrimonial.

**A)De quem não completou a idade mínima para casar**

A anulação do casamento dos menores de dezesseis anos pode ser requerida pelo próprio cônjuge menor, por seus representantes legais e por seus ascendentes.

O prazo para pedir a anulação extingue-se em cento e oitenta dias, contado o prazo para o menor do dia em que perfez 16 anos de idade; e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes.

O menor que não possuía, ao se casar, a idade núbil poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial.

**B)Do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal**

O casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em cento e oitenta dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo; de seus representantes legais; ou de seus herdeiros necessários. O prazo será contado do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso; a partir do casamento, no segundo; e, no terceiro, da morte do incapaz.

Não se anulará o casamento quando à sua celebração houverem assistido os representantes legais do incapaz, ou tiverem, por qualquer modo, manifestado sua aprovação.

Em qualquer caso, seja de quem não completou a idade mínima para casar, ou do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez (art. 1.551 do CC/02). Prefere o legislador que a criança nasça num lar formado por pai e mãe casados.

**C)Por vício de vontade**

O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, a contar da data da celebração, é de três anos. Entretanto, a coabitação, havendo ciência do vício que diz respeito à identidade, honra e boa fama, ou o conhecimento do crime cometido anteriormente ao casamento, valida o ato.

Somente o cônjuge que incidiu em erro ou que sofreu a coação pode demandar a anulação do casamento.

Quanto à coação, é importante não confundi-la com o simples temor reverencial. Somente a coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares, gera a anulação

do casamento. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, nesse caso, é de quatro anos, a contar da data da celebração do casamento.

**D)Realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges**

Realizado o casamento por procuração, não obstante revogado o mandato, o prazo para anulação do casamento é de cento e oitenta dias, a partir da data em que o mandante tiver conhecimento da celebração, se não tiver instalado coabitação posterior. Também o outro cônjuge, o enganado, pode solicitar o reconhecimento do vício, tendo, para tanto, os mesmos cento e oitenta dias, a contar de quando conheceu a revogação do mandato, mesmo que tenha coabitado com o mandante.

**E)Por incompetência da autoridade celebrante**

O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de dois anos. Reafirma-se que a anulabilidade por incompetência da autoridade celebrante só ocorre nas hipóteses de celebração do casamento por autoridade incompetente *ratione loci.* Se se tratar de casamento celebrado por autoridade incompetente em razão da matéria, não há que se falar em anulabilidade e, sim, inexistência do casamento por falta de celebração.

### 6.15.6 Casamento Putativo

Casamento putativo é o que, sendo nulo ou anulável, foi, todavia, contraído de boa-fé por ambos os cônjuges ou por um só deles. Em respeito à boa-fé dos cônjuges, a lei protege a união e preserva-lhes todos os efeitos civis de um casamento válido até a sentença de declaração de invalidade.

Inicialmente, cabe destacar que o reconhecimento da putatividade não depende da comprovação da boa-fé, pois ela se presume. O ônus da prova compete a quem a negue. Portanto, é a má-fé que deve ser comprovada por quem a alegue.

Se apenas um dos cônjuges realizou o casamento de boa-fé, apenas para ele e os filhos será o casamento reputado putativo; prevalecendo, porém, a nulidade com todos os seus consectários em relação ao cônjuge de má-fé.

O cônjuge de boa-fé pode invocar em seu favor todos os efeitos de um casamento válido, tais como a validade do pacto antenupcial, a comunhão dos bens, o direito de suceder ao outro cônjuge. Não lhe é lícito, porém, tomar o casamento como válido em parte, e em parte nulo, escolhendo valer-se apenas de alguns efeitos.

A hipótese de poder um cônjuge suceder ao outro só pode verificar-se quando o falecimento do cônjuge ocorre antes do julgamento de nulidade; porquanto, deixando o casamento de existir a partir da sentença, os cônjuges deixam de ser tais um frente ao outro; e, pois, desaparece o fundamento da sucessão recíproca. Em atenção à boa-fé, é possível resguardar somente os efeitos *já havidos,* não se alcançando aqueles que poderiam vir a existir, caso se mantivesse o casamento. Afinal, a decisão judicial finaliza o matrimônio.

O cônjuge de má-fé fica privado também retroativamente da qualidade de esposo e, consequentemente, dos direitos que dela derivam. Portanto, se há boa-fé

de apenas um cônjuge, só este terá direito aos efeitos/benefícios de um casamento válido. O cônjuge de má-fé sofrerá apenas as obrigações (art. 1564 do CC/02).[415]

Se ambos os cônjuges tiverem se casado de má-fé, somente os filhos do casal, porventura existentes, aproveitarão os efeitos do casamento. Assim, se padrasto e enteada se casam, desrespeitando o impedimento matrimonial previsto no artigo 1.521, II, do Código Civil, o casamento é nulo e de nenhum efeito em relação aos contraentes. Aliás, por força do artigo 1.727 do Código Civil, tal relacionamento poderá ser considerado um concubinato.[416]

Em relação a terceiros, o casamento, independentemente da boa ou má-fé dos cônjuges, produz efeitos, pois visa a consolidar direitos que se incorporaram ao patrimônio deles, no pressuposto da validade do casamento.

Quanto aos cônjuges, questão curiosa diz respeito aos efeitos da emancipação no casamento putativo. Defende-se que, se o cônjuge emancipado realizou o casamento de boa-fé, continuará emancipado mesmo após a anulação do casamento. Diversa, no entanto, será a solução se tiver realizado o casamento de má-fé; nesse caso, perde a emancipação.

Em relação aos alimentos, resta saber se serão devidos ao cônjuge de boa-fé e necessitado somente até a anulação do casamento, ou se serão devidos mesmo após a decretação da invalidade do casamento. Como argumento a justificar a primeira hipótese tem-se que o vínculo conjugal, gerador da obrigação alimentar, só vai existir até a anulação. Nesse sentido:

---

415 CIVIL - DUPLICIDADE DE CASAMENTO E REGISTRO CIVIL - ANULAÇÃO - BOA-FÉ - CASAMENTO PUTATIVO - EFEITOS CIVIS - MANUTENÇÃO. Sendo certa a existência de dois registros civis do de cujus, bem como a duplicidade de matrimônio - o primeiro com a autora e o segundo com a ré - impõe-se a anulação do segundo casamento, pois realizado quando existente impedimento dirimente absoluto (art. 183, inc. VI, do Código Civil de 1916), e do segundo assento de nascimento do de cujus. Se a ré contraiu matrimônio de boa-fé, já que não sabia ser o consorte casado, subsistem para ela os efeitos civis do casamento putativo. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. AC 19980310062274APC, Relator SÉRGIO BITTENCOURT, 4ª Turma Cível, julgado em 05/08/2004, DJ 23/08/2005 p. 272).
CIVIL. FAMÍLIA. NULIDADE DE CASAMENTO. APELAÇÃO. MATRIMÔNIO REALIZADO COM IMPEDIMENTO. CASAMENTO ANTERIOR. DECLARAÇÃO DA NULIDADE DO SEGUNDO. BOA-FÉ DO CÔNJUGE PRESUMIDA E COMPROVADA. ART. 1561, CC/02. PRODUÇÃO DE TODOS OS EFEITOS. CASAMENTO PUTATIVO. 1.A boa-fé necessária para o reconhecimento do casamento putativo deve ser verificada no momento da celebração do matrimônio e, como decorre, naturalmente, de erro, a existência de conduta ética é presumida. 2.Deve-se considerar o desenvolvimento dos fatos conforme a época em que se passaram. Na década de 70, os meios de comunicação não eram rápidos, eficientes e acessíveis como hoje, e as distâncias era "maiores". 3.Residindo a cônjuge de boa-fé no ambiente rural de outra comarca e sendo pessoa de pouca instrução (analfabeta), não é desarrazoado supor que ela realmente não possuía conhecimento acerca do impedimento matrimonial de seu falecido marido, com quem conviveu por mais de 30 anos. 4.Recurso conhecido e provido para garantir ao casamento putativo descrito a produção de todos os efeitos do casamento válido. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *Acórdão 536110, 20030710107594APC,* Relator: J.J. Costa Carvalho, Revisor: Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 14/9/2011, publicado no DJE: 23/9/2011. Pág.: 115)

416 CASAMENTO NULO. RETORNO DOS CÔNJUGES AO STATUS QUO ANTE. PROCLAMADA A NULIDADE DO CASAMENTO E RECONHECIDA A MA-FE DE AMBOS OS CONJUGES, CADA QUAL SE RETIRA COM OS BENS COM QUE ENTRARA PARA O CASAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no Ag 11.208/BA. Rel. Ministro Barros Monteiro, julgado em 09/10/1991. *Diário de Justiça,* Brasília, 25 nov. 1991, p. 17080).

> Casamento putativo. Boa-fé. Direito a alimentos. Reclamação da mulher. 1. Ao cônjuge de boa-fé aproveitam os efeitos civis do casamento, embora anulável ou mesmo nulo (Cód. Civil, art. 221, parágrafo único). 2. A mulher que reclama alimentos a eles tem direito, mas até a data da sentença (Cód. Civil, art. 221, parte final). Anulado ou declarado nulo o casamento, desaparece a condição de cônjuges. 3. Direito a alimentos até o dia da sentença anulatória. 4. Recurso especial conhecido pelas alíneas *a* e *c* e provido.[417]

Contudo, há de se reconhecer a possibilidade de permanência da obrigação alimentar, em situações excepcionais, em favor do cônjuge de boa-fé mesmo após a anulação do casamento, pois a putatividade visa a assegurar os efeitos de um casamento válido para aquele que realizou o casamento de boa-fé. Basta imaginar a hipótese do cônjuge de boa-fé, que foi dona(o) de casa durante todo o período de casamento e não possui fonte de renda para se manter no momento da anulação do casamento, para justificar a concessão dos alimentos. Lembre-se que a situação de necessidade do cônjuge de boa-fé perpetrou-se durante o casamento com a concordância e proveito do outro cônjuge.

Sendo assim, para o cônjuge de boa-fé, assim como ocorre na dissolução de um casamento válido por meio do divórcio, os alimentos poderão não cessar com a sentença que decreta a anulação do casamento. Todavia, não se defende a estipulação de tais alimentos vitalícios, pois é dever daquele que recebe alimentos, usar de todos os meios possíveis para fazer cessar a sua necessidade.

### 6.15.6.1 Momento em que se reclama a boa-fé para os efeitos da putatividade

O casamento foi realizado de boa-fé, mas, logo depois, os cônjuges tomaram ciência de um impedimento capaz de anular o matrimônio. Nesse caso, devem separar-se logo para terem os benefícios da putatividade ou, mesmo que continuem com o casamento, terão tais benefícios se, no futuro, o casamento for anulado?

Considerando o disposto no Código Civil (art. 1.561, §§ 1º e 2º), o momento em que se reclama a boa-fé para os efeitos da putatividade é o da celebração do casamento. Assim, se dois irmãos realizam o casamento ignorando tal fato e, logo depois, tomam conhecimento da relação de parentesco e, mesmo assim, decidem manter o casamento, futura nulidade do casamento com os efeitos da putatividade deverá ser decretada em respeito à boa-fé de ambos ao realizarem o casamento. A única exigência é que a solicitação do reconhecimento do vício e da putatividade seja feita no prazo legal, em se tratando de causa de anulabilidade. É assim porque a expiração desse prazo leva ao convalescimento do defeito e prejudica a declaração de invalidade do casamento e a corolária discussão do seu caráter putativo.

---

417 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 69.108/Paraná (95327295)* – Rel. Min. Nilson Naves. DJ 27/03/00.

### 6.15.6.2 Putatividade no casamento inexistente

Para Pontes de Miranda, "o matrimônio inexistente não goza, ainda quando de boa-fé, dos efeitos civis que a lei atribui ao casamento putativo."[418] No mesmo sentido, também se manifesta Washington de Barros Monteiro: "Em se tratando de casamento inexistente, porém, não há que se lhe invocar a teoria. Casamento inexistente é o nada jurídico; ele não existe para o legislador nem para o aplicador da lei."[419]

Em sentido contrário, defende Sílvio de Salvo Venosa[420] que, se houver registro do casamento, mesmo que inexistente, é aceitável que se admita a putatividade.

Em respeito à boa-fé, essa última opção interpretativa parece mais acertada.

## 6.16 Efeitos jurídicos do casamento

Do casamento, resultam extensos e numerosos efeitos. Os principais efeitos são agrupados em três categorias, dispostas assim: sociais, pessoais e patrimoniais.

### 6.16.1 Efeitos sociais do casamento

Os efeitos sociais do casamento extrapolam a relação conjugal e atingem toda a sociedade. São eles:

**A)Constituição da família matrimonial**

O casamento, automaticamente e imediatamente, institui a família. Tão logo cumpridas as formalidades constitutivas, a entidade familiar já existe. Essa é, a propósito, a principal razão por que, no casamento, os requisitos gerais da família ou não requerem comprovação – é o caso da afetividade – ou, para além disso, não se podem comprovar de imediato – como a estabilidade e a ostensibilidade –, uma vez que essa entidade familiar até então nunca existiu entre aqueles nubentes.

Percebe-se, então, uma importante diferença entre a união estável e o casamento quanto à forma de instituição. Por ser uma união formal, o casamento, uma vez realizado, por si só, institui a família. Já a união estável – união informal – necessita preencher alguns requisitos substanciais estabelecidos em lei (art. 1.723 do CC/02) – dentre os quais estão incluídos os pressupostos gerais da família –, tendo, assim, existência precedente ao seu reconhecimento jurídico como entidade familiar.

---

418 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família:* direito matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, v. 1, p. 321.

419 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito de família. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 141.

420 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 6, p. 119.

**B)Presunção legal da paternidade**

Os filhos concebidos na constância do casamento presumem-se do marido (art. 1.597 do CC/02). Assim o é porque essa entidade familiar oferta uma prévia certificação jurídica da existência da relação conjugal que é capaz de sugerir, até prova em contrário, que a gravidez da esposa seja proveniente do ato sexual matrimonial, isto é, com o seu consorte. Também aqui é a prova pré-constituída da família, qual seja, a certidão de casamento, que autoriza facilitar a identificação da paternidade dos filhos obtidos na sua constância. Na falta desta, isto é, na hipótese de a situação fática escapar a qualquer controle jurídico prévio, como geralmente acontece na união estável, pode ficar comprometida a aplicação dessas presunções de paternidade, conforme será desenvolvido no Capítulo 11.

**C)Emancipação**

O casamento válido produz a emancipação do cônjuge menor de idade, tornando-o plenamente capaz (art. 5º, parágrafo único, II, do CC/02). Assim, realizado o casamento de um menor, com idade núbil – com 16 ou 17 anos, por exemplo –, com o consentimento dos representantes legais ou com autorização judicial, automaticamente, por força exclusiva do casamento, esse menor é emancipado.

**D)Estado Civil**

De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos, o estado é "a posição jurídica complexa que integra direitos e deveres, de poderes e vinculações, de situações activas e passivas, em que a pessoa é investida por inerência da sua qualidade pessoal de membro de uma comunidade ou grupo de pessoas, da posição que assume nesta comunidade ou grupo e do papel que nela desempenha."[421]

Ao se instituir o casamento, os cônjuges alteram o seu estado civil, em matéria familiar. Se até então eram solteiros, viúvos ou divorciados, tornam-se casados. As núpcias conferem-lhes essa condição e, com ela, um novo grupo de posições jurídicas, de direitos e deveres.

## 6.16.2. Efeitos pessoais do casamento

**A)Igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher**

O Código Civil de 1916 estabelecia tratamento desigual entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal e no exercício do pátrio poder, hoje denominado de poder familiar. De tal sorte que era o marido, com exclusividade, considerado o chefe da sociedade conjugal, era quem escolhia o domicílio da família, o detentor do pátrio poder e de vários outros privilégios e, também, atribuições.

Com a Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), a chefia da sociedade conjugal continuou com o marido, mas à mulher foi explicitamente cometida a função de colaborar com aquele. Com o advento da Constituição Federal de 1988,

---

421 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 94.

finalmente, diante dos seus artigos 5º, I, e 226, § 5º, qualquer discussão a respeito da titularidade do exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, bem como do exercício do poder familiar tornou-se ultrapassada. Referida normativa estabeleceu, definitivamente, a igualdade entre homens e mulheres.

Com isso, o Código Civil de 2002 acabou incorporando essas diretrizes igualitárias na relação entre marido e mulher. Vários dispositivos comprovam essa assertiva:

- Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.[422] O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (Art. 1.565, §§ 1º e 2º, do CC/02)
- A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Havendo

---

422 A possibilidade de um cônjuge poder adotar o sobrenome do outro demonstra muito bem toda a evolução do tratamento dispensado ao homem e à mulher pelo ordenamento jurídico brasileiro. O art. 56, § 4º, do Decreto nº 181, de 1890, conferia à mulher casada o direito de usar o nome da família do marido. Portanto, tinha ela a faculdade de não usá-lo. Já o Código Civil de 1916, em seu art. 240, determinava que a mulher assumia, pelo casamento, os apelidos do marido. Assim, com o casamento, a mulher passou a ser obrigada a adotar o patronímico do esposo. A Lei do Divórcio deu nova redação ao art. 240 do Código Civil de 1916, suprimindo a referência à assunção, pela mulher, dos apelidos do marido e acrescentou o Parágrafo único no referido artigo com a seguinte redação: "Art. 240. Parágrafo único. A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido." (grifo nosso). Diante da igualdade entre homens e mulheres estabelecida na Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.565, § 1º, estabelece: "Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro." A dúvida que permanece é quanto a possibilidade de o cônjuge que adota o sobrenome do outro poder retirar ou não os seus apelidos de família: "Ao casar, o cônjuge pode acrescer aos seus os apelidos de família do outro cônjuge, inexistindo autorização legal para a supressão de apelidos de família, que são, aliás, imutáveis. Inteligência do art. 1.565, § 1º, CCB e arts. 56 a 58 da LRP. 2. O sistema registral é de inclusão e não de exclusão e está submetido ao princípio da legalidade, sendo que a liberdade individual encontra limite nas disposições de ordem pública. 3. A possibilidade de alteração de nome no casamento constitui exceção dentro da regra geral de imutabilidade e, sendo exceção, deve ser interpretada restritivamente. Recurso provido, por maioria." (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *AC 70008914483* – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – DOERS 14.09.200409.14.2004). Com entendimento diferente, o corregedor de Justiça do Estado de Minas Gerais, baixou a Instrução nº 32/79, com a seguinte recomendação: Ao casar-se a mulher terá a oportunidade da opção de novo nome como casada, na conformidade do art. 50, item 5, da Lei nº 6.515/77, que alterou o art. 240 do Código Civil. A opção será entre a conservação do seu nome de solteira, ou a de, mantendo sempre o seu prenome, acrescentar-lhe qualquer, ou todos, apelidos do marido, tirando, ou não, algum, ou todos, apelidos da própria família e que compunham o seu nome de solteira. (MINAS GERAIS. Corregedoria Geral de Justiça. Instrução 32/79. *Diário do Judiciário*, Belo Horizonte, 10 fev. 1979). Na mesma linha da Instrução nº 32/79 da CGJ/MG, assim decidiu o STJ: "DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO. NOME CIVIL. SUPRESSÃO DE PATRONÍMICO. POSSIBILIDADE. DIREITO DA PERSONALIDADE. Desde que não haja prejuízo à ancestralidade, nem à sociedade, é possível a supressão de um patronímico, pelo casamento, pois o nome civil é direito da personalidade. Recurso especial a que não se conhece." (BRASIL. STJ. *REsp 662799/MG*, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 28/11/2005, p. 279).

divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses. (Art. 1.567, parágrafo único, do CC/02)

- Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial. (Art. 1.568 do CC/02)
- O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes. (Art. 1.569 do CC/02)
- Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens. (Art. 1.570 do CC/02)

**B)Foro privilegiado?**

O art. 46, *caput*, do Código de Processo Civil estabelece que "A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu." Foro é a circunscrição territorial judiciária onde a causa deve ser proposta. Portanto, esse artigo fixa a norma básica para a determinação da competência, qual seja: o domicílio do réu. Trata-se do foro geral.

Contudo, o Código de Processo Civil, para atender situações relevantes, excepcionais, quebra o princípio do art. 46 e fixa regras especiais de competência, como a do art. 53, inciso II que determina ser competente o foro do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos.

É, sem dúvida, uma exceção ao foro geral a fim de beneficiar a parte presumidamente mais fraca na relação, que, no caso, é aquele que necessita de alimentos. Trata-se de uma regra protetiva.

Discutiu-se, na edição anterior desta obra, acerca da previsão contida no inciso I do artigo 100 do Código de Processo Civil de 1973, que esteve em vigor até 17 de março de 2016. Naquela edição, questionava-se sobre o fato de o Código de Processo Civil ter estabelecido ser competente o foro da residência da mulher para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação do casamento. Em outros tempos, conforme já estudado, não se discutiria a necessidade e importância dessa norma protetiva em favor da mulher, que nasceu do pressuposto de que ela era a parte mais fraca da relação conjugal, portanto, merecedora de tutela especial.

A dúvida surgiu após a promulgação da Constituição de 1988, face ao princípio da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I) e da igualdade entre os cônjuges quanto ao exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5º).

O debate, atualmente, não tem mais lugar, eis que o artigo 53 do Código de Processo Civil de 2015 não repetiu as previsões da legislação revogada. Hoje, a competência é determinada nos casos de divórcio, separação, anulação de

casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável com base na ideia de isonomia entre homens e mulheres, tese que já era defendida nas edições anteriores desta obra.

Assim, a competência para tais ações, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015 é a definida pelo artigo 53, a seguir transcrito:

> Art. 53. É competente o foro:
> I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:
> a) de domicílio do guardião de filho incapaz;
> b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz;
> c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal;
> d) de domicílio da vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha); (Incluída pela Lei nº 13.894, de 2019).

Privilegiou-se, de acordo com a nova legislação processual, o foro do domicílio do guardião do filho incapaz e, não o havendo, o foro do último domicílio do casal. Na hipótese de nenhuma das partes residir no antigo domicílio conjugal, o foro competente será o foro do réu. A única previsão a reconhecer a competência ao foro do domicílio da mulher é a constante da alínea “d” do inciso I do artigo 53, que se refere à vítima de violência doméstica e familiar nos termos da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006). Nesta última hipótese, o raciocínio é plausível, pois visa à proteção da vítima de violência doméstica e familiar.

Há que se atentar, por fim, para uma questão: o dispositivo não mencionou a hipótese de guarda compartilhada. A alínea “a” do inciso I do artigo 53 prescreveu a competência do foro do domicílio do guardião do filho incapaz. Ocorre que a regra é a da guarda compartilhada nas hipóteses de inexistência de acordo entre os pais quanto à guarda dos filhos, conforme o §2º do artigo 1.584[423] do Código Civil. Sendo compartilhada a guarda, a fixação da competência para as ações constantes do inciso I do artigo 53 do CPC/15 deveria ter por base a cidade considerada a sede de moradia dos filhos menores, em atenção ao melhor interesse destes, nos termos do §3º do artigo 1.583[424] do Código Civil.

**C)Deveres de ambos os cônjuges**

De acordo com o artigo 1.566 do Código Civil, são deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração

---

423 Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). (...) § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

424 Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). (...). § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

mútuos. O cumprimento de tais deveres ganha importância na medida em que o descumprimento deles, por qualquer dos cônjuges, de acordo com o artigo 1.572 do Código Civil, é causa geradora de separação judicial litigiosa com culpa.

A enumeração de deveres conjugais é um reflexo do modelo tradicional de família, ou seja, caracterizada pelo intervencionismo estatal que, por um lado, dita as regras de comportamento dos cônjuges e, por outro, as sanções, caso elas não sejam cumpridas.[425] É evidente, no entanto, tratar-se de um equívoco a manutenção dessa postura no Código Civil de 2002, pois a tendência atual é justamente limitar a intervenção estatal nas relações familiares e destacar a autonomia privada, o respeito à intimidade e à privacidade dos cônjuges.

A contradição é interna ao próprio diploma civil. O artigo 1.513 estabelece que "é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família." A despeito disso, o artigo 1.566 insiste em estabelecer deveres conjugais para o casal.

Não bastasse tal incoerência, há ainda outro disparate inserido no elenco dessas obrigações. Os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos não representam deveres de matriz conjugal, isto é, não são oriundos da qualidade de cônjuge, mas de titular do poder familiar. A condição parental independe do estado civil dos pais, e é aquela, não este, que enseja os referidos deveres em relação aos filhos menores.

Os deveres de mútua assistência, respeito e consideração mútuos estão abarcados pelos princípios da solidariedade e do livre desenvolvimento da personalidade, estudados nos itens 3.5 e 3.1, respectivamente. Fazem parte, portanto, de qualquer entidade familiar.

Quanto aos deveres conjugais de fidelidade recíproca e vida em comum no domicílio conjugal, necessário se faz refletir sobre a possibilidade de o Estado impô-los a pessoas maiores e capazes e, além disso, sobre a viabilidade de estabelecer sanções para a hipótese de seu descumprimento. Conforme constata Paulo Luiz Netto Lôbo,

> os referidos deveres de fidelidade recíproca e coabitação e até mesmo o de respeito e consideração mútuos são juridicamente inócuos, pois não há qualquer sanção jurídica para seu inadimplemento durante a convivência conjugal, restando aos cônjuges, exclusiva e intimamente, avaliarem se a conduta contrária pode tornar suportável ou não seu relacionamento. Servem apenas como causa de separação judicial litigiosa, enquanto perdurar no direito brasileiro a imputação da culpa, repelida pela consciência jurídica, em virtude de seu afrontoso desrespeito à dignidade humana e da ausência de fundamento na Constituição, que dela não trata quando assegura a liberdade de separação ou divórcio (art. 226, § 6º). A verificação judicial da culpa atenta contra a tutela constitucional da intimidade e da vida privada dos cônjuges (art. 5º, X, da Constituição), que são direitos da personalidade invioláveis.[426]

425 ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 185.

426 LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 26, p. 5-17, out./nov. 2004, p. 17.

Por tudo isso, defende-se que as partes, com fulcro na autonomia privada e no seu direito à autoformação pessoal, possam renunciar à vida em comum no domicílio conjugal[427] e, até mesmo, ao relacionamento monogâmico. Permita-se, mais uma vez, insistir que diferentes projetos de vida devam ser aceitos e respeitados num Estado que assume o compromisso de ser Democrático de Direito. De acordo com Bruno Torquato de Oliveira Naves, "o ordenamento jurídico deve ser compreendido como sistema aberto de regras e princípios jurídicos, capazes de garantir uma sociedade plural, que inclua os desiguais [...]."[428]

### 6.16.3 Efeitos patrimoniais do casamento

Com a realização do casamento, a propriedade, a administração e a disponibilidade dos bens, presentes e futuros, bem como as responsabilidades de cada cônjuge entre si e perante terceiros, ficam submetidas às regras de um regime de bens, conforme a opção feita pelo casal, por meio de pacto antenupcial, ou por disposição legal. Não há casamento sem regime patrimonial, já que os efeitos patrimoniais são sempre gerados, carecendo, portanto, de um complexo de normas jurídicas que os regule. Seja nas relações internas aos cônjuges, na vigência da sociedade conjugal, seja nos seus reflexos em relação a terceiros, é elementar fixar uma disciplina normativa regente.

Diante da importância dos efeitos patrimoniais do casamento, o estudo dessa matéria será feito de forma detalhada e completa no próximo capítulo.

## 6.17 Jurisprudência sumulada

**STF - Súmula 388:** O casamento da ofendida com quem não seja o ofensor faz cessar a qualidade do seu representante legal, e a ação penal só pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais de decadência e perempção (revogada). (Fonte de Publicação - DJ de 8/5/1964, p. 1238; DJ de 11/5/1964, p. 1254; DJ de 12/5/1964, p. 1278. Observação: A Súmula 388 foi revogada pelo Tribunal Pleno no julgamento do HC 53777 (RTJ 83/735).

**STJ - Súmula 99:** O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte. Data da Decisão: 14/04/1994.

427 A esse respeito, já parece haver concordância normativa. É o que parece sugerir a interpretação do artigo 1.569 do Código Civil.

428 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Relacionalidade e autonomia privada:* o princípio da autonomia privada na pós-modernidade. 2003. 138p. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

## 6.18 Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 526 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.726. É possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação.

**Enunciado 513 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.527, parágrafo único. O juiz não pode dispensar, mesmo fundamentadamente, a publicação do edital de proclamas do casamento, mas sim o decurso do prazo.

**Enunciado 512 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.517. O art. 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado.

**Enunciado 330 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** As causas suspensivas da celebração do casamento poderão ser arguidas inclusive pelos parentes em linha reta de um dos nubentes e pelos colaterais em segundo grau, por vínculo decorrente de parentesco civil.

**Enunciado 329 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A permissão para casamento fora da idade núbil merece interpretação orientada pela dimensão substancial do princípio da igualdade jurídica, ética e moral entre o homem e a mulher, evitando-se, sem prejuízo do respeito à diferença, tratamento discriminatório.

**Enunciado 276 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art.13. O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

**Enunciado 99 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.565, § 2º: o art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, caput, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei nº 9.263/96.

**Enunciado 98 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.521, IV, do novo Código Civil: o inc. IV do art. 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-Lei n. 3.200/41 no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau.

**Enunciado 97 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 25: no que

tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheirismo, como por exemplo na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil).

# 7 *Regimes de Bens*

## 7.1 Aspectos gerais

O regime de bens entre os cônjuges e companheiros faz parte do direito patrimonial de família. É o complexo de normas jurídicas que regula as relações patrimoniais entre os cônjuges na vigência da sociedade conjugal e entre os companheiros na constância da união estável, com reflexos, também, em relação a terceiros.

Pode-se afirmar que o regime de bens é uma consequência inevitável do casamento[429] e da união estável, pois não há matrimônio ou união estável sem regime patrimonial. Apesar de ser uma consequência comum dessas famílias, por questão didática e, diante de alguns efeitos diferenciados em relação a terceiros, o estudo do regime de bens na união estável será feito em capítulo próprio. Portanto, o presente capítulo irá tratar apenas do regime de bens no casamento.

Com a realização do casamento, a propriedade, a administração e a disponibilidade dos bens, presentes e futuros, bem como as responsabilidades de cada cônjuge entre si e perante terceiros ficam submetidas às regras de um regime de bens, conforme a opção feita pelo casal por meio de pacto antenupcial ou por disposição legal.

Atualmente há quatro regimes de bens tipificados no Código Civil: comunhão universal, comunhão parcial, separação de bens e participação final nos aquestos. O Código Civil de 2002 suprimiu o regime dotal, previsto no Código Civil anterior e que vinha sendo pouquíssimo utilizado, e acrescentou o regime de participação final nos aquestos que, conforme se demonstrará, também é pouquíssimo utilizado.

Os regimes de bens descritos no Código Civil não representam *numerus clausus,* dessa forma, a enumeração do Código Civil não é taxativa como em alguns países,[430] mas meramente exemplificativa. Podem os contraentes escolher um dos quatro regimes tipificados ou criar um regime novo, um regime misto ou híbrido, ou seja, *personalizar* as regras patrimoniais do casamento, desde que não contrariem disposição absoluta de lei (arts. 1.639 e 1.655 do CC/02). Por meio de pacto antenupcial podem, por exemplo, combinar as regras de dois ou mais regimes. Acordar, por exemplo, que irão adotar o regime de comunhão universal de bens, entretanto, determinado bem será excluído da comunhão. Nesse caso, o regime não será o de comunhão universal pura, pois determinado bem não vai se comunicar. Também não passou a ser o de separação de bens, pois os demais bens

---

429 VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 82.

430 Na Alemanha, na Itália e na Suíça vigora o princípio da tipicidade, ou seja, os nubentes só podem escolher um dos regimes estabelecidos em lei. (VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 83).

vão se comunicar. Podem, ainda, estipular que os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal serão divididos da seguinte forma: 80% para um cônjuge e 20% para o outro. Ou, ainda, que apenas os bens móveis vão se comunicar.

Portanto, além da variedade de regimes de bens tipificados no Código Civil existe também a liberdade de criação de um regime de bens não previsto em lei. Nesse sentido é o Enunciado 331, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.639. O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial."

Conforme mencionado, a única limitação que sofrem os contraentes diz respeito à proibição de contrariar disposição absoluta de lei (art. 1.655 do CC/02), ou seja, norma de ordem pública, norma cogente, norma que não admite negociação entre as partes. Não podem, por exemplo, por meio de pacto antenupcial estabelecer que, na falta de um dos cônjuges, o sobrevivente herdará antes dos filhos, pois estariam contrariando a ordem de vocação hereditária (art. 1.829 do CC/02); ou ainda, que, no regime da comunhão parcial de bens, um cônjuge poderá alienar bem imóvel sem a autorização do outro (art. 1.647 do CC). Não podem, também, estabelecer pactos sucessórios (art. 426 do CC/02).

Dúvida há na doutrina quanto à possibilidade de se estipular multa pelo descumprimento dos deveres do casamento, ou pelo rompimento da sociedade conjugal ou, ainda, estabelecer um prêmio, ou acréscimo patrimonial por cada ano de casamento. Diante do art. 1.511 do Código Civil e das características da família atual – baseada na afetividade e na liberdade – tais cláusulas geram um estranhamento diante da finalidade do casamento, qual seja a comunhão plena de vida. De todo modo, a considerar que se deva reconhecer relevância à autonomia privada e à particularidade dos valores eventualmente eleitos pelos cônjuges para reger a vida conjugal, a hipótese talvez não deva ser descartada *ex ante*.

Conforme já exposto, toda sociedade conjugal, obrigatoriamente, será regida por um regime de bens, escolhido pelas próprias partes ou determinado por lei. Portanto, o regime de bens de um casamento será convencional, se escolhido pelos nubentes por meio de pacto antenupcial, ou legal, se determinado pela lei.

O Regime legal, como o próprio nome indica, é o que decorre exclusivamente da lei, podendo ser *supletivo (dispositivo) ou cogente (obrigatório).*

Até a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977), o regime legal supletivo ou dispositivo, ou seja, aquele estabelecido pela lei na ausência de pacto antenupcial ou diante de pacto inválido, era o da comunhão universal. Com o advento da Lei do Divórcio, o regime legal supletivo ou dispositivo passou a ser o da comunhão parcial. Dessa forma, desde o dia 26 de dezembro de 1977, no Brasil, na ausência de pacto antenupcial ou diante de pacto inválido, prevalece o regime legal supletivo de comunhão parcial de bens.[431]

---

431 O regime de comunhão parcial de bens é, também, o regime legal supletivo em vários países: Argentina, França, Itália, Portugal e Espanha. Na Alemanha, desde a Lei de 18 de

Assim, para a adoção do regime de comunhão parcial de bens, desde a referida legislação, não há necessidade de nenhum ato solene, basta que seja reduzida a termo, no processo de habilitação do casamento, a vontade dos nubentes. Entretanto, para a adoção de outro regime que não seja o da comunhão parcial de bens, obrigatoriamente, deverá ser feito o pacto antenupcial em Cartório de Notas por meio de escritura pública (art. 1.640, parágrafo único do CC/02). Daí a importância da atuação do oficial do Registro Civil, já que, de acordo com o artigo 1.528 do Código Civil, é seu dever esclarecer aos nubentes sobre os diversos regimes de bens.

O regime legal cogente ou obrigatório é aquele imposto por lei a certas pessoas. Em algumas situações específicas, a lei não lhes autoriza a escolha do regime que será, obrigatoriamente, o da separação de bens. O regime de separação legal cogente ou obrigatório é imposto nas seguintes hipóteses de casamentos: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos[432]; III – d e todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

## 7.2 Pacto antenupcial

O pacto antenupcial é um negócio jurídico solene, pois para ser válido deve ser feito em Cartório de Notas por meio de escritura pública. Serve para disciplinar as questões patrimoniais e não patrimoniais[433] entre os cônjuges, bem como as responsabilidades dos cônjuges perante terceiros.

O pacto antenupcial feito por instrumento particular é considerado nulo e, consequentemente, os cônjuges serão considerados casados sob o regime de comunhão parcial de bens, que é o regime legal supletivo desde a Lei do Divórcio de 1977.

No Brasil, não há prazo determinado para que, após a feitura do pacto antenupcial, o casamento se realize.[434] Um pacto antenupcial feito há 10 anos poderá produzir efeitos, para isso, basta que o casamento se realize. Portanto, importante é não confundir a validade com a eficácia do pacto antenupcial. O pacto antenupcial para ser válido depende tão somente de escritura pública e, para produzir efeitos, da realização do casamento.

---

junho de 1957, que substituiu os arts. 1.363 a 1.390 do BGB, o regime legal supletivo é o de participação final nos aquestos.

432 Idade alterada de 60 (sessenta) para 70 (setenta) anos pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010.

433 Sobre as disposições não patrimoniais do pacto antenupcial, foi aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal o Enunciado 635: Art. 1.655: O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.

434 Em Portugal, por exemplo, de acordo com o art. 1.716 do Código Civil português, “a convenção caduca, se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo.”

Assim, se o pacto antenupcial foi feito por escritura pública e o casamento ainda não se realizou, tem-se um pacto válido (pois foi feito com a solenidade exigida, por escritura pública), porém, ineficaz (pois o evento futuro e incerto, o casamento, ainda não se realizou). Dito de outra forma, é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento (art. 1.653 do CC/02). Por isso, são consideradas hipóteses de caducidade do pacto antenupcial o falecimento de um dos contraentes antes da realização do casamento, bem como o casamento de algum dos contraentes com outra pessoa, pois em tais hipóteses, inviável será a realização de casamento para dar eficácia ao pacto antenupcial.

Há quem defenda[435] a possibilidade de se estabelecer peculiar condição suspensiva ou termo[436] para a produção de efeitos do pacto antenupcial, como, por exemplo, estabelecer que até o nascimento de um filho o regime de bens será o da separação e, após a condição estabelecida, passará a ser o da comunhão universal. No entanto, há que se entender que, em tais hipóteses, o que de fato estará acontecendo é uma mudança de regime de bens na constância do casamento, o que, de acordo com o artigo 1.639, §2º, do Código Civil, só será possível mediante pedido judicial e motivado.

Cabe ressaltar que, feito o pacto antenupcial e se no lugar do casamento os contraentes constituírem uma união estável, aplicar-se-á a regra do artigo 1.725 do Código Civil e o regime de bens será o da comunhão parcial, mesmo que no referido pacto tenha sido estabelecido outro regime, pois a eficácia do pacto antenupcial, por disposição expressa em lei (art. 1.653 do CC/02), depende é da realização de casamento e não de união estável.[437]

---

435 Nesse sentido: CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento: regimes mistos. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 295.

436 Para Rafael Baeta Mendonça, "a possibilidade de os cônjuges estipularem os seus regimes de bens utilizando-se de condições e termos prestigia a sua capacidade de autodeterminação, pela ampliação das opções de disciplinar o seu estatuto patrimonial. Logo, a proibição de cláusulas condicionais e termais estaria contra o direito de família contemporâneo, que dá ênfase à autonomia privada da pessoa e ao seu pleno desenvolvimento no núcleo familiar." (MENDONÇA, Rafael Baeta. Pacto antenupcial: os limites da estruturação patrimonial no casamento. *In*: LARA, Mariana Alves; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias e das sucessões:* contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC MINAS, UFMG e UFOP. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 308)

437 Em sentido contrário, Maria Berenice Dias defende a eficácia do pacto antenupcial quanto à união estável preexistente ou constituída após a celebração do pacto. Em suas palavras: "Na hipótese de, firmado o pacto antenupcial, os noivos passam a viver em união estável, bem como a possibilidade de a união estável se transformar em casamento, geral alguns questionamentos. Em ambas as circunstâncias a resposta é a mesma: a manifestação de vontade formalizada por escritura pública tem eficácia imediata. Rege não só o regime patrimonial após o casamento, mas também a união estável que existia antes ou se constituiu após os noivos desistirem do casamento, mas não do relacionamento. E passaram a viver em união estável. Ambos os instrumentos refletem a manifestação de vontade das partes em delimitar a vida patrimonial da relação mediante documento escrito. Consagrado o instituto da conversão substancial do negócio jurídico (CC, art. 170), é permitido o aproveitamento a declaração de vontade negocial firmada pelas partes, tratando-se de um ato de qualificação jurídica. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 680-681, grifos da autora).

É importante destacar, conforme alerta Zeno Veloso,[438] que a eficácia do pacto antenupcial descrita em lei (art. 1.653 do CC/02) diz respeito às questões patrimoniais do casamento apenas (escolha do regime de bens, forma de administração dos bens, percepção de frutos, doações em razão do casamento etc.). Nada impede que outras questões, que tenham sido tratadas no pacto antenupcial e que não tenham ligação direta com o casamento, produzam efeito mesmo sem a realização do enlace matrimonial. Como exemplo, é possível citar o reconhecimento voluntário de um filho. Nesse caso, ainda que o casamento não se realize e o pacto antenupcial seja considerado ineficaz quanto às disposições patrimoniais do casamento, o reconhecimento do filho irá produzir efeitos e, portanto, nesse aspecto o pacto será considerado eficaz. Outro exemplo é a possibilidade de os pais nomearem tutor para os filhos menores por meio de documento autêntico (art. 1.729, parágrafo único, do CC/02). Nomeado o tutor para o filho menor em pacto antenupcial feito por escritura pública, mesmo que o casamento não se realize, o pacto, quanto à nomeação do tutor, será eficaz, pois não deixa de ser um documento autêntico.

Apesar da solenidade exigida, assim como se admite para a celebração do casamento, nada impede que o pacto antenupcial seja feito por procuração com poderes especiais. Além disso, terceiros podem participar do ato de lavratura da escritura pública e fazer doação de bens ao casal que, de acordo com o artigo 546 do Código Civil, ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

A escritura pública de pacto antenupcial deve ser encaminhada ao Serviço Registral das Pessoas Naturais onde a habilitação de casamento foi iniciada, antes da celebração do matrimônio, para que possa constar do termo de casamento o regime de bens escolhido pelos contraentes.

Entre os cônjuges e os seus herdeiros, para que o pacto antenupcial produza efeitos, basta que se realize o casamento e a sociedade conjugal efetivamente exista. Na hipótese de realização do casamento e posterior suspensão da sociedade conjugal por meio, por exemplo, da separação judicial ou da separação de fato, defende-se que os efeitos do pacto antenupcial também ficarão suspensos, podendo ser refeitos com o restabelecimento da sociedade conjugal.

Quanto aos terceiros, as convenções antenupciais não terão efeito senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges; é o que determina o artigo 1.657 do Código Civil.

A grande questão é não confundir publicidade com eficácia *erga omnes*. Todo pacto antenupcial válido é público, pois foi feito por escritura pública e qualquer pessoa que tenha interesse poderá se dirigir ao Cartório de Notas onde o pacto foi elaborado e ter acesso ao seu conteúdo. O problema é que o pacto pode ter sido elaborado em qualquer Cartório de Notas do país e, por isso, não é razoável que se exija de qualquer contratante tão ampla pesquisa. Por isso, nem todo pacto antenupcial válido e, portanto, público, terá o poder de produzir efeitos *erga omnes*. Para a produção de tais efeitos, necessário será o registro do pacto antenupcial, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

---

438 VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 85.

O problema *aparente* que surge é o seguinte: como fazer o registro do pacto antenupcial no Registro de Imóveis se os cônjuges não possuem tais bens?

Para resolver esse problema, a Lei nº 6.015/73 estabelece que, independentemente da existência de bens imóveis em nome dos cônjuges, o pacto antenupcial deverá ser registrado no Livro nº 3 – Registro Auxiliar – que é destinado ao registro dos atos que, sendo atribuídos ao Registro de Imóveis por disposição legal, não digam respeito diretamente a imóvel matriculado. Assim, feito um pacto antenupcial, mesmo que os cônjuges ainda não possuam bens imóveis, devem solicitar ao oficial do Registro de Imóveis do seu domicílio, o registro da convenção no Livro nº 3 – Registro Auxiliar. Só assim o pacto irá produzir efeitos *erga omnes*. Cabe destacar que, mesmo diante da inexistência de bens imóveis, o regime de bens será importante para determinar a responsabilidade do cônjuge que não participou da relação jurídica perante terceiros, como, por exemplo, nos contratos de fiança e aval (art. 1.647, III, do CC/02). Portanto, com ou sem bens imóveis, no Livro nº 3 – Registro Auxiliar, deverá ser feito o registro do pacto antenupcial para a produção de efeitos *erga omnes*.

Além disso, na hipótese de existência de bens imóveis, seja porque os possuíam antes do casamento ou os adquiriram no curso da sociedade conjugal, além do registro do pacto no Livro nº 3 – Registro Auxiliar – do domicílio dos cônjuges, outra providência é estabelecida pela Lei nº 6.015/73, qual seja, a averbação.[439] De acordo com o artigo 167, II, 1, da Lei nº 6.015/73, deve ser feita a averbação do pacto antenupcial no lugar da situação dos imóveis de propriedade de cada um dos cônjuges, bem como dos imóveis de propriedade do casal, presentes e futuros, com a declaração das respectivas cláusulas.

Só assim será possível que terceiros tenham ciência efetiva a respeito das regras patrimoniais estabelecidas no pacto antenupcial. Portanto, conjugando o registro com a averbação do pacto antenupcial, tem-se a verdadeira segurança jurídica indispensável às relações negociais que serão travadas pelos cônjuges com terceiros.

Na hipótese de não ser feito o registro do pacto antenupcial, as regras do regime legal, ou seja, da comunhão parcial de bens, serão aplicadas às relações dos cônjuges com terceiros, já que, por determinação legal, tal pacto não irá produzir efeitos externos, perante aqueles sujeitos (art. 1.657 do CC/02).

Até mesmo o regime de separação de bens cogente ou obrigatório deve ser levado ao Registro Imobiliário, conforme determina o art. 245 da Lei nº 6.015/73, pois só assim será possível a produção de efeitos *erga omnes*.

---

439 A averbação é de suma importância para ressalvar direitos e tem por objetivo informar terceiros da existência de determinado fato superveniente, que, não sendo constitutivo de domínio ou de ônus reais, venha a atingir o direito real ou às pessoas nele interessadas. Trata-se, portanto, de um elemento acessório ao registro ou à matrícula do imóvel.

### 7.2.1 Pacto antenupcial feito por menor

Homens e mulheres a partir dos 16 anos podem se casar, exigindo-se a autorização de ambos os pais, ou do representante legal, enquanto não atingida a maioridade civil. Diante da possibilidade do casamento entre 16 e 18 anos de idade, resta saber se, nessa hipótese, poderá ser feito o pacto antenupcial.

Considerando que o pacto antenupcial deve ser elaborado antes do casamento, que as pessoas entre 16 e 18 anos são relativamente incapazes e que a emancipação só se dá após o casamento, necessária então será a participação do assistente legal dos menores entre 16 e 18 anos na feitura do pacto antenupcial; é o que dispõe o artigo 1.654 do Código Civil.

Cabe ressaltar que, se o menor entre 16 e 18 anos, com autorização dos pais ou do representante legal, se casar e não fizer pacto antenupcial, o regime de bens será o da comunhão parcial. Até o advento da Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019, que alterou a redação do artigo 1.520 do Código Civil, o regime obrigatório da separação de bens no casamento, por falta de idade, aplicava-se somente àqueles que dependessem, para casar, de autorização ou suprimento judicial, ou seja, aos menores abaixo da idade núbil (16 anos), ou aos menores entre 16 e 18 anos quando não conseguissem a autorização dos pais ou do representante legal para a realização do casamento (art. 1.641, III, do CC/02). Com a nova redação do artigo 1.520 do Código Civil, fica proibida, em qualquer hipótese, a celebração de casamento de menores de dezesseis anos.

## 7.3 Mutabilidade justificada do regime de bens na constância do casamento

No Código Civil de 1916 vigorava o princípio da imutabilidade do regime de bens, já que a permissão de alterar o regime de bens na constância do matrimônio, nos dizeres de Lafayette Rodrigues Pereira, "além de deixar os direitos do cônjuge mais fraco e condescendente expostos aos perigos da relação e da astúcia do outro, colocaria os haveres do casal em um estado de incerteza incompatível com a estabilidade que, por bem de interesses de ordem pública, lhes é mister."[440] Esses eram os argumentos utilizados pelos defensores da imutabilidade do regime de bens na constância do casamento.

Sem desconsiderar os argumentos contrários à possibilidade de mudança do regime de bens na constância do casamento, o Código Civil de 2002, tomando as cautelas necessárias para se evitar qualquer tipo de fraude, passou a adotar o princípio da mutabilidade justificada.

A possibilidade de mudança do regime de bens na constância do casamento torna-se ainda mais relevante diante da constatação de que, geralmente, por vergonha ou até mesmo pela pouca intimidade com o outro cônjuge, as questões

440 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 163.

patrimoniais não são discutidas antes do casamento. Por isso, nada mais razoável de que admitir a mudança do regime de bens no curso da sociedade conjugal quando, então, os cônjuges já terão mais liberdade e segurança para discutir qual é o melhor estatuto patrimonial para aquela família.[441] Ganha importância ainda maior a escolha consciente do regime de bens no casamento principalmente pelo fato de agora, por força do artigo 1.829, I, do Código Civil, ele ser capaz de influenciar na ordem de vocação hereditária. Nesse sentido, inclusive, na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 609, que defende a interpretação de que o regime de bens somente interfere na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido. Assim, para efeito de sucessão legítima, a verificação do regime de bens somente se faz necessária na hipótese do inciso I do artigo 1829. Neste raciocínio, concorrendo com ascendentes (inciso II) ou enquadrando-se na situação do inciso III, hipótese em que o cônjuge sobrevivente herda sem concorrer com parentes do falecido, o regime de bens do casamento não faz qualquer diferença.

Nada impede que a mudança do regime de bens seja feita mais de uma vez na constância da sociedade conjugal, desde que preenchidos os requisitos legais que serão trabalhados a seguir.

Para que ocorra a mudança do regime de bens na constância do casamento, o pedido deverá ser feito por ambos os cônjuges, pois é impossível a mudança litigiosa do regime de bens adotado, não cabendo ao juiz, em hipótese alguma, suprir a vontade de um dos cônjuges que não queira ou que não possa consentir com a mudança. Portanto, o procedimento para a mudança do regime de bens é o de jurisdição voluntária, com competência das varas de família e não das varas de registros públicos. Além disso, não basta o pedido de ambos os cônjuges, segundo o artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, tal pedido deve ser motivado. Por disposição expressa em lei, a mudança do regime de bens na constância do casamento não pode, ainda, prejudicar terceiros que, porventura, tenham realizado negócio com um ou com ambos os cônjuges. Conforme alerta Juliana Gontijo:

> É inovação que, de um lado, merece aplauso porque ampliou a liberdade de opção das pessoas ensejando possam os cônjuges alterar, de acordo com a sua conveniência à época, o regime patrimonial muitas vezes adotado quando do casamento por imaturidade ou irrefletidamente, pela ausência de um maior diálogo em decorrência de um pudor que não se sabe por que existe até hoje para a maior parte das pessoas. Mas, de outro, exige bastante prudência do magistrado que, para dar seu *placet* à alteração do regime deverá perquirir, com o máximo rigor, até que ponto a pretensão estará decorrendo da real livre volição recíproca e autêntica de ambos, ou apenas de um deles que a estará impondo à moda do seu interesse, ou pelo *temor reverencial* que a intimidade da convivência lhe permitiu sobrepor ao outro, ou porque é o mais forte e detentor do poder econômico. É importante que o magistrado tenha

441 Por essas razões, Marco Túlio Murano Garcia classifica a alteração do regime de bens na constância da sociedade conjugal como pacto da maturidade. (GARCIA, Marco Túlio Murano. O pacto da maturidade: da alteração do regime de bens na constância da sociedade conjugal. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006).

> presente que antiga opção legislativa pela irrevogabilidade visava a resguardar tanto os próprios cônjuges da submissão do mais fraco pelo mais forte quanto a resguardar direitos de terceiros.[442]

Cabe observar que, diferentemente do pacto antenupcial que, obrigatoriamente, deve ser feito por escritura pública, a mudança do regime de bens prescinde daquela solenidade. Assim, cabe ao juiz de direito apreciar o mérito do pedido e, sendo deferida a alteração de regime, desnecessário será lavrar escritura pública em Cartório de Notas, sendo bastante a expedição do competente mandado judicial para averbação da sentença no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (art. 1.657 do CC/02), bem como do lugar da situação dos imóveis de propriedade de cada um dos cônjuges e do casal (art. 244 da Lei nº 6.015/73). A alteração do regime de bens não se confunde com pacto pós-nupcial, pois se trata de um ato judicial e não notarial.

Por se tratar de direito patrimonial disponível, injustificável é a exigência de intimação do Ministério Público (art. 734, § 1º do CPC/15). O próprio Código de Processo Civil, considerando a necessidade de racionalizar a intervenção do *Parquet,* não previu tal participação em ações de família, quando não houver interesse de incapaz. Aliás, se o pacto antenupcial é feito extrajudicialmente e, desde a Lei nº 11.441/07, admite-se também a separação e o divórcio consensuais por escritura pública, em verdade, não se justifica que a alteração do regime de bens, solicitada por duas pessoas capazes, deva ser feita judicialmente. Se há acordo quanto à mudança do regime e se os interesses de terceiros estão resguardados, por força de lei, não há por que objetar que o procedimento seja simples, rápido, desjudicializado e dê resposta mais célere às questões eminentemente patrimoniais.

Além disso, as demais medidas elencadas nos parágrafos 1º e 2º do art. 734 do CPC/15 em nada contribuem para resguardar direitos de terceiros. A necessidade de publicação de edital ou outro meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens apenas irá retardar o procedimento. Lembre-se de que, por disposição expressa em lei (art. 1.639, § 2º do CC/02 e art. 734, *caput,* do CPC/15), a mudança do regime de bens na constância do casamento não pode prejudicar terceiros que, porventura, tenham realizado negócio com um ou com ambos os cônjuges.

Outra importante discussão sobre a mutabilidade do regime de bens surgiu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002: ela só se aplicaria aos casamentos celebrados na vigência do novo Código ou se aplicaria também aos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916?

Segundo o Código Civil de 2002, artigo 2.039, o regime de bens estabelecido na vigência do Código Civil de 1916, por ele será regido. Tal regra, no início, gerou interpretações equivocadas no sentido de impedir a mudança do regime de bens para aqueles que se casam na vigência do Código Civil anterior.

Ocorre que o artigo 2.039 do Código Civil de 2002 em momento algum impede a aplicação da norma geral, que é a possibilidade de mudança do regime

---

442 GONTIJO, Juliana. *Comentários ao título II do novo CC:* arts. 1.639 a 1.722. Disponível em: http://www. gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Juliana_Gontijo/Comentarios.pdf. Acesso em: 25 fev. 2009.

de bens na constância do casamento, constante do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, aos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior. O que o artigo 2.039 do Código Civil de 2002 estabelece é o óbvio, ou seja, diz apenas que, nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, mesmo que a dissolução da sociedade conjugal ocorra na vigência do Código Civil de 2002, não tendo havido mudança de regime de bens, a partilha dos bens deverá seguir as regras patrimoniais do regime de bens do Código anterior.

Admitir a mudança do regime de bens para os casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não caracteriza retroatividade legal, vedada nos termos do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, mas, na verdade, nos termos do artigo 2.035 do Código Civil de 2002, aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Assim, de acordo com Heloisa Helena Barboza, "As disposições gerais do Código Civil de 2002, relativas a regime de bens (arts. 1.639 a 1.652), aplicam-se a todos os casamentos, inclusive aos que lhe são anteriores."[443]

Além disso, considerando o aspecto processual de tal mudança, assim se manifesta Newton Teixeira Carvalho,

> [...] se a mudança de regime de bens somente pode ser concretizada mediante sentença judicial, não dependendo apenas da autonomia da vontade do casal, de notar-se que, por consequência, estamos diante de uma regra de natureza processual e, como tal, de aplicação imediata, a abarcar todos os casamentos, celebrados antes da vigência do NCCB, inclusive. Antes do NCCB, afirma Antônio Jeová Santos, não era possível a alteração do regime. Havia impossibilidade jurídica do pedido. Agora, tal obstáculo foi superado.[444]

No mesmo sentido é o Enunciado 260, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior."

Idêntica interpretação é verificada nos tribunais nas seguintes decisões:

> CIVIL. CASAMENTO. CÓDIGO CIVIL DE 1916. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. ALTERAÇÃO DE REGIME. COMUNHÃO UNIVERSAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA. I. Ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte assentaram que o art. 2.039 do Código Civil não impede o pleito de autorização judicial para mudança de regime de bens no casamento celebrado na vigência do Código de 1916, conforme a previsão

443 BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o art. 2.039 do Código Civil. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 334.

444 CARVALHO, Newton Teixeira. Principais inovações processuais do NCCB no direito de família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 480.

do art. 1.639, § 2º, do Código de 2002, respeitados os direitos de terceiros. II. Recurso especial não conhecido. [445]
CIVIL - CASAMENTO - REGIME DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL - CASAMENTO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - PRECEDENTES - ART. 1.639, § 2º, CC/2002. I. Precedentes recentes de ambas as Turmas da 2ª Seção desta Corte uniformizaram o entendimento no sentido da possibilidade de alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, por força do § 2º do artigo 1.639 do Código Civil atual. II. Recurso Especial provido, determinando-se o retorno dos autos às instâncias ordinárias, para que, observada a possibilidade, em tese, de alteração do regime de bens, sejam examinados, no caso, os requisitos constantes do § 2º do artigo 1.639 do Código Civil atual.[446]
DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS DO CASAMENTO DE COMUNHÃO PARCIAL PARA SEPARAÇÃO TOTAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS NO REGIME ANTERIOR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Consoante dispõe o art. 535 do Código de Processo Civil, destinam-se os embargos de declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao rejulgamento da causa. 2. É possível a alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do CC de 1916, em consonância com a interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039 do Código atual, desde que respeitados os efeitos do ato jurídico perfeito do regime originário. 3. No caso, diante de manifestação expressa dos cônjuges, não há óbice legal que os impeça de partilhar os bens adquiridos no regime anterior, de comunhão parcial, na hipótese de mudança para separação total, desde que não acarrete prejuízo para eles próprios e resguardado o direito de terceiros. Reconhecimento da eficácia *ex nunc* da alteração do regime de bens que não se mostra incompatível com essa solução. 4. Recurso especial provido.[447]

Outra questão importante a respeito da mutabilidade do regime de bens na constância do casamento diz respeito à eficácia da decisão judicial; ou seja, uma vez autorizada a mudança do regime de bens, a decisão produz efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*? O novo regime de bens só produz efeitos a partir da decisão ou retroage à data do casamento? [448] Entre os cônjuges, dependerá de qual regime estão saindo e

445 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 812012/RS* – Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR - Órgão Julgador - T4 – QUARTA TURMA – Data do Julgamento 02/12/2008 – Data da Publicação/Fonte DJ 02/02/2009.

446 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1112123/DF* – Relator Ministro SIDNEI BENETI – Órgão Julgador – T3 – TERCEIRA TURMA – Data do Julgamento 16/06/2009 – Data da Publicação/Fonte DJ 13/08/2009.

447 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1533179/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/09/2015, DJe 23/09/2015

448 Recente decisão do TJMG apontou para entendimento de que os efeitos sejam *ex nunc*: APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DE FAMÍLIA - ALTERAÇÃO DE REGIME DE CASAMENTO - ART. 1639, §2º, DO CÓDIGO CIVIL - POSSIBILIDADE - CONSISTÊNCIA DA MOTIVAÇÃO - DIREITOS DE TERCEIROS - EFEITOS PROSPECTIVOS - REQUISITOS PREENCHIDOS - RECURSO PROVIDO.
- O Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.639, §2º, permite a alteração do regime de bens do casamento, mediante autorização judicial, através de pedido motivado de ambos os cônjuges,

para qual regime solicitaram a mudança. Assim, se eram casados pelo regime de comunhão universal de bens e solicitaram a mudança para o regime de separação total de bens, evidente que a decisão vai produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, o regime de separação de bens só produzirá efeito a partir da decisão. Sugere-se, inclusive, que, nessa hipótese, os cônjuges, ao solicitarem a mudança de regime, já façam a partilha amigável dos bens existentes. Agora, se eram casados pelo regime de separação de bens e solicitaram a mudança para o regime de comunhão universal, corolário lógico é que a decisão produza efeitos *ex tunc*, pois, se assim não ocorresse, o regime escolhido não seria de comunhão universal, mas sim comunhão parcial de bens.

É possível, ainda, pelo fato de se tratar de direito patrimonial, disponível, e não haver norma dispondo em contrário, que os próprios cônjuges, ao solicitarem a mudança do regime de bens, usando da autonomia privada, estipulem quais serão os efeitos da alteração, se *ex tunc* ou *ex nunc*[449]. Contudo, entre os cônjuges e terceiros é preciso respeitar o momento da alteração, de tal forma a evitar qualquer surpresa prejudicial. Nesse caso, deve prevalecer a regra dos efeitos *ex nunc*, conforme jurisprudência do STJ.[450]

## 7.4 Regimes de bens tipificados no Código Civil

### 7.4.1 Regime de separação de bens

Verifica-se que, no regime de separação, em princípio, os bens não se comunicam. São dois os tipos de regime de separação de bens: o legal, também conhecido como regime obrigatório ou cogente, e o convencional. No regime

---

apurada a procedência das razões invocadas e ressalvando-se os direitos de terceiros.
- A alteração de regime de bens possui efeitos prospectivos, razão pela qual restam ressalvados os direitos de terceiros.
- Preenchidos os pressupostos legais, há que se deferir a modificação pretendida.
- Recurso provido. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0000.21.089214-7/001*, Relator(a): Des.(a) Elias Camilo , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/12/2021, publicação da súmula em 07/12/2021)

449 Nesse sentido, convém colacionar o magistério de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: "Ainda sobre a sentença, há grande dificuldade em apontar se os seus efeitos serão retroativos ou não retroativos. Como regra geral, sem dúvida, a decisão que permite a mudança do regime de bens na constância da conjugalidade terá eficácia não retroativa (*ex nunc*). De fato, imaginando se tratar de modificação de um regime de comunhão para uma separação absoluta, é de se lhe reconhecer efeitos *ex nunc*, não retroativos, sendo obrigatória a realização da partilha. Todavia, há uma situação específica a exigir atenção. É a hipótese de se requerer, expressamente, ao juiz a retroação da eficácia do comando sentencial, optando pelos efeitos *ex tunc, em relação a si mesmos*, sem alcançar terceiros – cuja boa-fé tem de ser preservada. Seria o exemplo da mudança de um regime separatório de bens para a comunhão universal. Nesse caso, vislumbra-se uma possibilidade de eficácia retroativa, *ex tunc, sem prejudicar terceiros, naturalmente*." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 101, grifos dos autores)

450 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp n. 1.831.120/SP*, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 24/8/2020, DJe de 28/8/2020.

de separação convencional, dúvida não há quanto à titularidade dos bens, pois efetivamente os bens não se comunicam. Já no regime de separação de bens legal, cogente ou obrigatório, há possibilidade de comunicação dos bens de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado por meio da Súmula 377, aprovada em Sessão Plenária de 03/04/1964, conforme será estudado a seguir.

#### 7.4.1.1 Regime de separação de bens legal, cogente ou obrigatório[451]

Algumas pessoas não têm liberdade na escolha do regime de bens e, por força de lei, só podem se casar pelo regime da separação. Por se tratar de uma imposição legal, diz-se que o regime de separação de bens nesses casos é o legal, cogente ou obrigatório. Trata-se, portanto, de um regime que, suprimindo a autonomia de eleição dos cônjuges, não mais se justifica, conforme será demonstrado, diante de um Estado Democrático de Direito.

De acordo com o artigo 1.641 do Código Civil, é obrigatório o regime da separação de bens no casamento nas seguintes hipóteses: I – pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos[452]; III – todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Por se tratar de uma norma restritiva de direitos, não se admite interpretação extensiva, por isso as hipóteses de regime de separação de bens obrigatório descritas no artigo supracitado são taxativas, representam *numerus clausus*.

##### 7.4.1.1.1 Regime de separação de bens legal, cogente ou obrigatório das pessoas que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas da sua celebração

As causas suspensivas da celebração do casamento são as previstas no artigo 1.523 do Código Civil que estabelece que não devem casar-se as seguintes pessoas: I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III – o divorciado,

---

451 O PL nº 2.285/07, que dispõe sobre o Estatuto das Famílias, felizmente, não contempla o regime de separação de bens obrigatório. (CARNEIRO, Sérgio Barradas. *Projeto de Lei da Câmara nº 2285/07*, de 25 out. 2007. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_ Detalhe.asp?id=373935. Acesso em: 28 set. 2009). Também tramitou perante o Senado o PLS nº 470/2013, de autoria da Senadora Lídice da Mata (PSB/BA). O projeto também visava dispor sobre o Estatuto das Famílias e dar outras providências, mas foi arquivada pelo Plenário do Senado Federal em 21/12/2018. (MATA, Lídice da. *Projeto de Lei do Senado nº 470/2013*. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242. Acesso em: 04 jan. 2021).

452 Idade alterada de 60 (sessenta) para 70 (setenta) anos pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010.

enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

As causas suspensivas da celebração do casamento, uma vez apresentadas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, consanguíneos ou afins, ou pelos colaterais em segundo grau, também consanguíneos ou afins, podem suspender ou não a celebração do casamento, pois, no início do processo de habilitação, podem os nubentes reconhecer a existência de uma causa suspensiva e solicitarem a realização imediata do casamento, sem suspensão, pelo regime de separação obrigatória de bens. Por outro lado, se alguém alega a existência de causa suspensiva e os nubentes discordam, a suspensão deve ocorrer até a comprovação de existência ou inexistência da causa suspensiva. Comprovada a existência da causa suspensiva, o casamento será realizado pelo regime da separação legal de bens ou, descartada a existência da causa suspensiva, os cônjuges poderão escolher livremente o regime de bens.

Assim, os nubentes diante da oposição das causas suspensivas podem requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados e, obtendo êxito, realizar o casamento em qualquer regime de bens à sua escolha. Ou, ainda, tendo em vista a falta de vedação legal à ocorrência matrimonial, podem reconhecer a existência de qualquer causa suspensiva e realizar o casamento no regime da separação obrigatória de bens. Na verdade, o principal[453] efeito gerado pelo desrespeito a tais causas se dá no âmbito administrativo, pela imposição do regime de separação de bens àqueles que assim realizam o casamento. Por isso, as causas suspensivas matrimoniais são tidas como defeitos leves, pois o desrespeito a elas não invalida o casamento, representa apenas uma restrição à liberdade de escolha do regime de bens.

Há, inclusive, de acordo com o parágrafo único do artigo 1.523 do Código Civil, a possibilidade de o juiz levantar as causas suspensivas se ficar provado que, a despeito da presença destas, o casamento não trará nenhum prejuízo àquelas pessoas que a lei procura proteger. No entanto, os cônjuges que não pedem o levantamento das causas suspensivas e realizam o casamento desrespeitando-as perdem a liberdade de escolha do regime de bens, já que, por lei, como sanção administrativa, o regime de bens desse casamento será o da separação obrigatória.

Ainda que vislumbrada essa alternativa de amenização da regra legal, é injustificável nos dias de hoje a imposição do regime de separação de bens nas hipóteses de desrespeito das causas suspensivas do casamento, pois, conforme esclarece Érica Verícia de Oliveira Canuto,[454] outros meios menos gravosos para os

453 O desrespeito à causa suspensiva estabelecida no inciso I do artigo 1.523 do Código Civil (não devem casar o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros), além de impor aos cônjuges o regime de separação de bens, de acordo com o artigo 1.489, II, do Código Civil, exclusivamente nessa hipótese de causa suspensiva, os filhos passarão a ter direito à hipoteca sobre os imóveis do ascendente sobrevivo.

454 CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens

cônjuges podem ser empregados diante das quatro hipóteses de causas suspensivas sem a necessidade de se limitar a liberdade de contratar. Cita-se como exemplo a possibilidade de se estabelecer cláusula de incomunicabilidade em relação aos bens existentes. Certamente tal medida é menos gravosa para os cônjuges, porque não lhes retira a liberdade de escolha de qualquer regime de bens e, ao mesmo tempo, preserva os interesses patrimoniais daquelas pessoas que a lei procurou proteger com a instituição das causas suspensivas. Quanto à hipótese do inciso II do artigo 1.523 do Código Civil,[455] instituída para evitar a confusão de sangue, seria o bastante a exigência de um exame laboratorial para se colocar fim à questão.

### 7.4.1.1.2 Regime de separação de bens legal, cogente ou obrigatório para a pessoa maior de setenta anos (Idade alterada de 60 (sessenta) para 70 (setenta) anos pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010)

De acordo com Pontes de Miranda,

> [...] para evitar explorações, consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou cerce a possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum. É cogente o da separação de bens.[456]

Na opinião de Clóvis Beviláqua,[457] essas pessoas já passaram da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo. Por isso, o legislador, receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastassem os mais velhos a casamentos inadequados ou inconvenientes, pôs entraves a essas ambições com o regime da separação de bens obrigatório.

Zeno Veloso também defende a manutenção do regime de separação obrigatória para as pessoas de idade avançada nos seguintes termos:

> De nossa parte, advogamos, para o tema, uma solução intermediária. Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não estão destituídas de impulsos afetivos e da possibilidade de sentirem amor, ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com outrem, devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60 anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira

---

no casamento: regimes mistos. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 297.

455 Art. 1523. Não devem casar: I – [...]; II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III – [...]; IV – [...].

456 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*: direito matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, p. 219.

457 BEVILÁQUA, Clóvis. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1945, p. 169, v. II.

> atração por uma senhora de mais de 50 anos. Tirando as honrosas exceções de praxe, na maioria dos casos, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse. [...] Achamos, porém, que a regra protetiva – o casamento sob o regime imperativo da separação – deve ser mantida. Os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência, o que na linguagem popular se conhece por "golpe do baú".[458]

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que a doutrina majoritária[459] no Brasil coloca-se contrária ao regime de separação de bens obrigatório para os maiores de 70 anos, defendendo a inconstitucionalidade de tal dispositivo.

De fato, o que está em jogo na escolha do regime de bens é um direito patrimonial, essencialmente disponível, por isso descabida e injustificável a interferência do Estado nesse tipo de relação privada.

Além disso, fragilidade física não implica debilidade mental, e idade avançada, por si só, não gera incapacidade.[460] Se o problema é a incapacidade, que de fato acomete em maior número as pessoas mais velhas, o único caminho legítimo admitido no Estado Democrático de Direito é a análise individualizada de cada caso por meio do processo de curatela, com direito ao contraditório e à ampla defesa, posto que o que se presume é a capacidade e não o contrário. A presunção de incapacidade do maior de 70 anos atenta contra a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana, trata-se de discriminação tão somente em razão da idade, por isso, inconstitucional. Conforme atestam Ana Carolina Brochado Teixeira e Maria de Fátima Freire de Sá,

> o princípio da autonomia privada escora-se no direito fundamental à liberdade, englobando seus mais diversos aspectos, inclusive, o de fazer escolhas no âmbito da própria vida. É exatamente essa possibilidade que deve ser efetivada para o idoso, tendo em vista que, não obstante haja previsão constitucional desse direito fundamental, jurídica e socialmente, ele é tratado como incapaz.[461]

---

458 VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 119-120.

459 CAMPOS, Carolina Lopes Cançado; VALADARES, Maria Goreth Macedo. A autonomia privada e o regime obrigatório de bens para os maiores de sessenta anos. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil*: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 111-125; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 699; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 317; LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 793, *E-book*.; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 142, *E-book*. TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões,* Porto Alegre, v. 2, p. 12-13, fev./mar. 2008.

460 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*

461 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Envelhecendo com autonomia. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil*: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, quando ainda era desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferiu importante voto a respeito do tema na AC nº 007.512-4/2-00 – 2ª CDPriv – de 18.08.1998:

> Lei que, com o propósito racional de guardar o patrimônio dalgumas pessoas contra as fraquezas da submissão amorosa, priva-as a todas de exercitarem a liberdade jurídica de dispor sobre seus bens e de pautarem suas ações por razões íntimas, ressente-se de nexo de proporção entre o objetivo legítimo, que está na tutela dos casos particulares de debilidade senil, e o resultado prático exorbitante, que é, no fundo, a incapacitação da ampla classe das pessoas válidas na mesma faixa etária. Ou seja, inabilita e deprecia quase todos, por salvar uns poucos, que, aliás, têm outros meios jurídicos para se redimir dos enganos das paixões crepusculares. [...] O alcance irracional e injusto da mesma norma vulnera ainda princípios constitucionais, até com gravidade maior, sob outro ponto de vista, que é o da mutilação da "dignidade" da pessoa humana em situação jurídica de casamento, porque, desconsiderando-lhe, *(sic)* de modo absoluto e sem nenhum apoio na observação da realidade humana, o poder de autodeterminação, sacrifica, em nome de interesses sociais limitados e subalternos, o direito fundamental do cônjuge de decidir quanto à sorte de seu patrimônio disponível, que, não ofendendo direito subjetivo alheio nem a função social da propriedade, é tema pertinente ao reduto inviolável de sua consciência. É muito curta a razão normativa para invasão tamanha. A lei, aqui, é modo exemplar de intrusão estatal lesiva do direito à intimidade (*right of privacy*, ou, como se usa dizer, direito à privacidade), enquanto dimensão substancial da pessoa humana e objeto de tutela constitucional explícita (art. 5º, X, da Constituição da República) e implícita (art. 5º, LIV).

Érica Verícia de Oliveira Canuto ainda apresenta outro argumento contrário à imposição do regime de separação em razão da idade:

> A lei permite a realização do casamento das pessoas maiores de 60 anos, que diz respeito à questão relativa ao estado da pessoa, se constituindo em direito indisponível. E sem qualquer motivação justificável limita a vontade dessas pessoas – apenas em razão da idade – no aspecto patrimonial do casamento, que é direito totalmente disponível.[462]

Refletindo sobre a questão, Fábio Henrique Evangelista também defende a inconstitucionalidade da norma e enfatiza que:

> Assim, considerando todo esse apanhado exposto, *concluímos preliminarmente* o seguinte: os dois principais argumentos sustentados pela doutrina defensora da regra do artigo 1641, II do CC/02, quais sejam "necessidade de se proteger a pessoa idosa do chamado golpe do baú ou casamento por interesse" e "o fato da pessoa de idade avançada já ter, no decorrer de sua vida, se estabelecido profissionalmente

---

patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 77-78.

462 CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento: regimes mistos. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 300-301.

> e ter constituído patrimônio considerável", não encontram atualmente em nosso Sistema Jurídico qualquer fator que lhes garantam a subsistência. Na realidade, a impertinência daqueles motivos não só não encontra apoio em nossa Ordem, como também está em completa desarmonia com a evolução do pensamento do povo. E, sendo assim, percebemos que a regra do artigo 1641, II do CC/02 está em total desamparo no que tange aos motivos que a sustente. É imperioso reconhecer, nesse instante, a necessidade urgente de se extirpar tal regra, pois, como se verá a seguir, sua permanência tem causado graves inconvenientes nas vidas das pessoas, ferindo prerrogativas e direitos, inclusive de ordem constitucional.[463]

Como se não bastassem os argumentos apresentados, cabe, ainda, ressaltar outra incoerência de tal dispositivo, já que, no Brasil, acima dos 70 anos é possível ser Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional, interferindo diretamente nos rumos de toda nação e, no entanto, não é possível escolher o regime de bens do casamento.

Por todo o exposto, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da autonomia privada, defende-se, nesta obra, a inconstitucionalidade do regime de separação de bens obrigatório para os maiores de 70 anos.

Como forma de abrandamento dessa indevida limitação imposta às pessoas idosas, mas, infelizmente, dando a entender que ainda cabe a aplicação da separação legal de bens nos casamentos celebrados por eles, o Enunciado 261, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal estabelece: "Art. 1.641: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade."[464]

Finalmente, em 29/09/22, o Supremo Tribunal Federal, em plenário virtual, admitiu a repercussão geral do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642 (Tema 1.236), que trata da constitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil. Portanto, em breve, o Supremo Tribunal Federal irá decidir se é constitucional

---

463 EVANGELISTA, Fábio Henrique. A imposição legal do regime de separação de bens em razão da idade: uma análise constitucional de seus efeitos e a sua influência sobre o direito à busca da felicidade. *In:* FIUZA, César (Org); RODRIGUES, Edwiges Elaine Rodrigues; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. (Coord.). *Temas relevantes sobre o direito das famílias*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 362.

464 Com a adoção de raciocínio semelhante encontra-se o seguinte julgado do TJMG: CASAMENTO – ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS ENTRE CÔNJUGES – COMUNHÃO PARCIAL PARA UNIVERSAL – REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS – OBRIGATORIEDADE – PESSOA MAIOR DE SESSENTA ANOS – AFERIÇÃO À DATA DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO – UNIÃO DE DUAS DÉCADAS – MATRIMÔNIO SÓLIDO E DURADOURO – POSSIBILIDADE. Se o casamento perdurou, por quase duas décadas, sob o regime da comunhão parcial de bens, no qual nenhum dos consortes, à época da sua celebração, contava com a idade limite (sessenta anos), que impõe a obrigatoriedade do regime da separação de bens, para prevenir eventuais golpes com interesse meramente patrimonial, em detrimento do instituto do casamento e da fragilidade das pessoas idosas, não há, no caso, porque negar o pedido – que é motivado – de ambos para alteração do regime de bens, mediante autorização judicial, ressalvados os direitos de terceiros. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 1.0024.04.313007-9/001*. Relator: Des. Nepomuceno Silva, julgado em 27/04/2005. *Diário de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 27 abr. 2005).

o regime da separação obrigatória de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos e a aplicação dessa regra às uniões estáveis.

#### 7.4.1.1.3 Regime de separação de bens legal, cogente ou obrigatório de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial

O suprimento judicial é o ato processado perante o juiz de direito, a fim de substituir o consentimento da própria pessoa quando incapaz, ou quando há recusa por parte de outra pessoa, cujo consentimento se faz necessário para a realização de determinado ato. Até a publicação da Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019, para fins de casamento era possível citar como exemplos o casamento abaixo da idade núbil (suprimento de idade) e daqueles entre 16 e 18 anos, não emancipados, que não conseguiram a autorização dos pais ou do assistente legal (suprimento de consentimento). Nessas situações, indispensável seria o suprimento judicial, mediante o procedimento de jurisdição voluntária, para que o casamento se realizasse. Com o advento da referida lei, o artigo 1.520 do Código Civil ganhou nova redação e o casamento de pessoas menores de 16 anos, até então uma exceção, deixou de ser permitido em qualquer hipótese. Atualmente, resta a possibilidade de suprimento judicial para o casamento de relativamente incapazes, entre 16 e 18 anos, cujos pais ou assistentes não houvessem autorizado a celebração.

Quando o juiz concede o suprimento judicial significa que os contraentes estão aptos para a realização do casamento, já que um representante do Estado (o juiz de direito), após a análise da condição pessoal dos nubentes, atesta as suas capacidades. Assim, injustificável se torna a imposição do regime de separação de bens, pois quem pode o mais (casar-se e constituir uma família com o aval do Estado), pode o menos (escolher as regras patrimoniais desse casamento).

Conforme Érica Verícia de Oliveira Canuto,

> o Juiz autoriza a realização do casamento, que é direito indisponível, por tratar-se de questão de estado, e não é competente para realizar o casamento sob outro regime de bens. Resulta como incoerência do legislador a sanção apenas na esfera patrimonial do matrimônio.[465]

Essa incoerência também é apontada por José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins, ao sustentar que:

> (...) se o próprio Estado por meio do magistrado e do membro do Ministério Público se posicionou favoravelmente ao casamento, não há sentido algum que seja imposta a sanção do regime de separação obrigatória de bens. Parece dizer que mesmo com o suprimento judicial, ainda há resquício de sobreposição de vontade dos pais. Há autorização, mas não completa. Nem se pode dizer que se trata de caso de prevalência do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, pois seria

---

465 CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento: regimes mistos. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 302.

> fazer o raciocínio inverso. Não é demasiada intervenção do Estado autorizar um casamento vedado pelos pais ou pelos representantes legais, e sim, uma pequena intervenção que promove a autonomia familiar, permitindo que as pessoas escolham se querem contrair ou não matrimônio, independentemente da vontade injustificada ou desarrazoada de terceiros. É o Estado fomentando a livre escolha do casal, que não pode ser – e neste ponto sim há violação ao princípio da intervenção mínima – mitigada pela imposição de um regime de separação obrigatória de bens.[466]

Injustificável e, por isso, descabida, também, é a imposição do regime de separação de bens nessa hipótese.

## 7.4.1.1.4 Mutabilidade justificada do regime de separação de bens legal, cogente ou obrigatório

Parece um contrassenso admitir a mudança do regime de bens nas hipóteses de separação de bens legal ou obrigatória. Trata-se de um pensamento aparentemente lógico, pois não faria sentido impor o regime de separação de bens e, logo em seguida, autorizar a sua mudança. No entanto, outro deve ser o raciocínio diante da possibilidade de algumas causas determinantes do regime de separação de bens legal ou obrigatório cessarem.

Assim, cessada a causa que determinou o regime da separação de bens, os cônjuges poderão fazer uso do procedimento de jurisdição voluntária e solicitar a mudança do regime de bens com fulcro no artigo 1.639, §2º, do Código Civil. Basta imaginar um divorciado que tenha realizado outro casamento sem a partilha dos bens do seu primeiro casamento. Nesse caso, por ter desrespeitado uma causa suspensiva, o regime de bens do segundo casamento será o da separação legal ou obrigatório. Contudo, após a realização da partilha dos bens do primeiro casamento, autorizados estarão os cônjuges do segundo casamento a pedir a mudança do regime de bens, pois é cessada a causa que determinou o regime da separação obrigatória.

A possibilidade também se verifica para aqueles que realizaram o casamento mediante suprimento judicial de consentimento (art. 1.641, III, do CC/02). Assim, se um menor, entre 16 e 17 anos, casa-se a partir dessa autorização, após atingir a idade em que lhe seria permitido realizar o casamento sem essa autorização, poderá solicitar a mudança do regime de bens, pois cessada está a causa que determinou o regime de separação obrigatória de bens.

Aliás, este é entendimento que pode ser verificado no Enunciado 262, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação

466 MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins. Reflexões sobre a possibilidade de celebração de pacto antenupcial diante da imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento. *In*: FIUZA, César (Org); RODRIGUES, Edwiges Elaine Rodrigues; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. (Coord.). *Temas relevantes sobre o direito das famílias*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 482-483.

de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs."[467]

Por esse raciocínio, a única hipótese que não admitiria a mudança do regime de bens nos casos de separação obrigatória é a do casamento da pessoa com mais 70 anos, pois não há como cessar a causa que determinou a imposição. Contudo, reafirma-se, entende-se que o regime obrigatório de separação de bens para o maior de 70 anos é inconstitucional.

## 7.4.1.1.5 Regime de separação de bens legal, cogente ou obrigatório e a Súmula 377 do STF

A Súmula 377 do STF dispõe que, "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento." Assim, de acordo com a Súmula 377 do STF, o regime de separação de bens legal, cogente ou obrigatório, na verdade produz os efeitos patrimoniais de uma separação limitada ou relativa de bens, por isso, mais se parecendo com o regime de comunhão parcial de bens.

A doutrina atual discute se essa súmula continuará, ou não, sendo aplicada diante do novo Código Civil.

De um lado, é possível encontrar aqueles que negam a aplicação da Súmula 377 do STF a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, alegando que o legislador do novo Código teve a oportunidade de adotar o posicionamento nela exarado e, se assim não fez, foi porque não quis seguir aquele entendimento.[468]

467 Nesse sentido: Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido. Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico. Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal. Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 821807/PR* - Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI - Órgão Julgador - T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 19/10/2006 - Data da Publicação/Fonte DJ 13/11/2006, p. 261).

468 Nesse sentido: "EMBARGOS DE TERCEIRO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. REVOGAÇÃO DA SÚMULA 377, DO STF. 1 No regime da separação obrigatória de bens inexiste possibilidade de comunicação dos bens adquiridos pelos cônjuges. 2 O atual Código Civil não permite a aplicação da súmula 377 do STF, eis inexistir no novo Código Civil as regras legais que permitiram a expedição da súmula pelo tribunal. 3 Fica mantido os embargos que afastaram os efeitos da penhora sobre o reboque eis se encontrar no nome exclusivo da

Assim, "omisso o contrato ou na imposição da lei, deverão prevalecer as regras pertinentes a cada modalidade de regime de bens, não mais se admitindo venham a prevalecer os princípios da comunhão parcial quanto aos bens adquiridos na constância do casamento."[469]

Em sentido oposto e, portanto, admitindo a aplicação da Súmula 377 do STF mesmo com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, é possível citar os seguintes autores: Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,[470] Maria Berenice Dias,[471] Paulo Lôbo,[472] Rolf Madaleno[473] e Sílvio de Salvo Venosa.[474] Argumentam eles que os motivos que justificaram a adoção da Súmula 377 do STF continuam a existir, ou seja, o que a referida súmula procura evitar é o enriquecimento sem causa, presumindo que os bens adquiridos na constância do casamento foram adquiridos com o esforço (direto ou indireto) de ambos os cônjuges. A divergência a respeito da aplicação[475] ou não[476] da Súmula 377 do STF a partir da vigência do Código Civil de 2002 também se verificou nos tribunais, tendo o STJ pacificado a discussão no sentido da aplicabilidade de seu conteúdo.[477]

---

esposa. Recurso não provido." (RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Recurso Cível Nº 71001606128, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 24/06/2008).

469 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190.

470 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 322

471 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 701.

472 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

473 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 80, *E-book*.

474 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 310.

475 Pela aplicação da Súmula 377 do STF: APELAÇÃO - REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS -ART. 1.641, I, DO CC/2002 (ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DO CC/1916) - PARTILHA - SÚMULA Nº 377 DO STF - PRINCÍPIO DA COMUNICABILIDADE DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE O CASAMENTO - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. É sabido que o regime da separação total de bens, previsto nos arts. 1.687 e 1.688 do CC/2002 (arts. 276 e 277 do CC/1916), não se confunde com o regime da separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.641 do CC/2002 (art. 258, parágrafo único, I, do CC/1916), também regulado pelo teor da súmula nº 377 do STF em que os bens adquiridos na constância do casamento devem ser partilhados em proporção igualitária. 2. Recurso não provido. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0429.14.000576-1/001,* Relator(a): Des.(a) Audebert Delage, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/09/2019, publicação da súmula em 04/10/2019).

476 Pela não aplicação da Súmula 377 do STF: "Inventário – Pretensão de herdeiro necessário à meação em numerário depositado – Regime da separação legal – Não aplicação da Súm. 377 do STF – Necessidade de comprovação, pela via autônoma, de que o bem foi adquirido por meio de esforço comum, de modo a se operar, eventualmente, a comunicação – Agravo não provido." (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *AgIn 373.874-7/9-00/Batatais*. 4.ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. José Geraldo de Jacobina Rabelo, julgado em 17.03.2005).

477 RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SÚMULA 377 DO STF. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL QUE DEVEM SER PARTILHADOS DE FORMA IGUALITÁRIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM DOS COMPANHEIROS PARA LEGITIMAR A DIVISÃO. PRÊMIO DE LOTERIA (LOTOMANIA). FATO EVENTUAL OCORRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. NECESSIDADE DE MEAÇÃO. 1. Por força do art. 258,

Sem dúvida, quando o legislador impõe um regime, atentando contra a liberdade dos cônjuges, o que deve ser presumido é o esforço comum, e não o contrário, já que o casamento se caracteriza pela conjugação de esforços.[478] Por

---

parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens (recentemente, a Lei 12.344/2010 alterou a redação do art. 1.641, II, do CC, modificando a idade protetiva de 60 para 70 anos). Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou a mulher maior de cinquenta. Precedentes. 2. A *ratio legis* foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace. 3. A Segunda Seção do STJ, seguindo a linha da Súmula n.º 377 do STF, pacificou o entendimento de que "apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha" (REsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015). 4. Nos termos da norma, o prêmio de loteria é bem comum que ingressa na comunhão do casal sob a rubrica de "bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior" (CC/1916, art. 271, II; CC/2002, art. 1.660, II). 5. Na hipótese, o prêmio da lotomania, recebido pelo ex-companheiro, sexagenário, deve ser objeto de partilha, haja vista que: i) se trata de bem comum que ingressa no patrimônio do casal, independentemente da aferição do esforço de cada um; ii) foi o próprio legislador quem estabeleceu a referida comunicabilidade; iii) como se trata de regime obrigatório imposto pela norma, permitir a comunhão dos aquestos acaba sendo a melhor forma de se realizar maior justiça social e tratamento igualitário, tendo em vista que o referido regime não adveio da vontade livre e expressa das partes; iv) a partilha dos referidos ganhos com a loteria não ofenderia o desiderato da lei, já que o prêmio foi ganho durante a relação, não havendo falar em matrimônio realizado por interesse ou em união meramente especulativa. 6. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1689152/SC*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 22/11/2017).

478 Nesse sentido: DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQÜESTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM. 1. A viúva foi casada com o *de cujus* por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP 154896/RJ* – Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do Julgamento: 20/11/2003. Data da Publicação: DJ 01/12/2003).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INVENTÁRIO - FALECIDO CASADO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS - CÓDIGO CIVIL DE 1916 - COMUNICABILIDADE DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - SÚMULA N°. 377 / STF - PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM - VÍUVA RECONHECIDA COMO MEEIRA - PROSSEGUIMENTO DO FEITO - SENTENÇA CASSADA. I - Nos termos do art. 258, p. único, II, do CCB/1916, aplicável em razão da data da celebração do matrimônio, o regime de bens de casamento do maior de sessenta anos é o da separação obrigatória de bens. II - Como expressamente ressalvado pelo art. 1.829, I, do CCB/2002, vigente na data do óbito do varão, seu cônjuge supérstite não é herdeira para fins sucessórios se casados eram sob o regime de separação obrigatória de bens. III - Considerando que "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento" (Súmula n°. 377/STF), a viúva inventariante deve ser considerada meeira dos bens adquiridos na constância de seu casamento com o "de cujus", excluídos aqueles provenientes de herança, doação ou fruto da venda de bens particulares anteriores. IV - Incorreta a extinção do feito que considerou a cônjuge supérstite parte ilegítima para figurar na ação de inventário por carecer-lhe a qualidade de herdeira, impondo-se, em tal hipótese, a cassação da sentença e o regular processamento do feito, mormente em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0486.09.018718-9/001*, Relator(a): Des.(a) Peixoto Henriques, 7ª

isso, defende-se, ainda hoje, a aplicação da Súmula 377 do STF nas hipóteses de imposição do regime de separação de bens.[479]

Cumpre ressaltar, todavia, que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) inaugurou o entendimento oposto de que "apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha"[480]. Consolidando tal entendimento, a Segunda Seção do STJ, em 09/11/22, aprovou o Enunciado de Súmula nº 655, que estabelece: "Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum." (grifo nosso)

#### 7.4.1.1.6 A (im)possibilidade de adoção do regime de separação de bens convencional nas hipóteses de separação de bens legal, cogente ou obrigatório e a (im)possibilidade de afastamento da Súmula 377 do STF nas hipóteses de separação de bens legal, cogente ou obrigatório

Questão curiosa diz respeito à possibilidade daqueles que, por força de lei, são obrigados a realizar o casamento sob o regime de separação de bens (art. 1.641 do CC/02), adotar, por meio de pacto antenupcial, o regime de separação convencional de bens. Não haveria dúvida se os dois regimes produzissem os mesmos efeitos jurídicos, no entanto, conforme já estudado, admitida a aplicação da Súmula 377 do STF, os efeitos patrimoniais dos dois regimes serão completamente diferentes. Além disso, para fins sucessórios, na hipótese de o cônjuge sobrevivente concorrer com os descendentes do falecido, também haverá diferença substancial entre os dois regimes (art. 1.829, I, do CC/02), isto é, no regime de separação legal de bens o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes e, no regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do cônjuge falecido. Essa questão já foi, inclusive, objeto de análise no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

> PACTO ANTENUPCIAL FIRMADO POR NUBENTE MAIOR DE SESSENTA ANOS – OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS – Tratando-se de pacto antenupcial firmado por nubente com mais de sessenta anos de idade, correta a sentença que declarou a nulidade da avença, homologou a habilitação para o casamento e determinou a observância do regime da separação obrigatória de bens. Com efeito, o atual Código Civil, em seu art. 1.639, § 2º, admite a modificação do

CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/04/2019, publicação da súmula em 08/05/2019).

479 Observe-se que essa solução é considerada pressupondo hipótese em que não se evitou a cogente fixação do regime de separação de bens pela inerente inconstitucionalidade que carrega. Afinal, se esse argumento é suficiente para afastar a imposição legal, a liberdade dos cônjuges já se instala e, por consequência, a aplicação da Súmula 377 do STF é dispensável para salvaguardar os interesses deles.

480 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp n. 1.171.820/PR*, relator Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/8/2015, DJe de 21/9/2015. (grifo nosso)

> regime de bens, desde que feita através de pedido motivado de ambos os cônjuges e mediante autorização judicial, ressalvados os direitos de terceiros. Assim, se tivesse sido acolhido o pacto antenupcial de separação de bens formulado pelos nubentes, posteriormente poderiam vir a alterar o regime, em afronta ao dispositivo legal. Verifica-se ainda que também haveria violação de lei se o cônjuge supérstite viesse a concorrer em igualdade de condições com os descendentes do cônjuge falecido. Em se tratando de casamento realizado sob o regime da separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente herda, o que não ocorre nos casos de regime da separação obrigatória de bens, segundo interpretação do art. 1.829, I, do atual Código Civil. Ressalte-se que as alterações estabelecidas no pacto antenupcial, embora reflitam a vontade dos nubentes, não podem contrariar a legislação vigente.[481]

Nessa esteira, a discussão acaba por se limitar à possibilidade, ou não, de afastamento de incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial. Dito de outra forma, admitido que não[482] se pode alterar, por vontade das partes, o regime obrigatório pelo regime convencional de separação de bens (dados os reflexos diversos que cada um deles gera, inclusive, em termos sucessórios), resta apenas refletir sobre a permissão para impedir que se considerem comuns os bens adquiridos onerosamente, durante o casamento, pela aplicação do entendimento sumulado pelo STF.

A questão foi objeto do Provimento nº 08/2016 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco. Por meio do referido instrumento normativo, acresceu-se o artigo 664-A[483] ao Provimento n. 20/2009[484] da referida Corregedoria e ficou assentada a possibilidade de constar, em pacto antenupcial, o afastamento da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

No mesmo sentido, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo se posicionou no Recurso Administrativo n° 1065469-74.2017.8.26.0100, em 06 de dezembro de 2017, a saber:

---

481 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *AC 9.014/2004* – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Antonio Eduardo Duarte – J.17.02.2005.

482 Em defesa da alteração: MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins. Reflexões sobre a possibilidade de celebração de pacto antenupcial diante da imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento. *In:* FIUZA, César (Org); RODRIGUES, Edwiges Elaine Rodrigues; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. (Coord.). *Temas relevantes sobre o direito das famílias*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 482-483.

483 Provimento n. 08/2016 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco.
Artigo 1º. Ao Título IV, Capítulo III, Seção I, do Provimento nº 20, de 20 de novembro de 2009, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco (Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registros), fica acrescido do seguinte artigo:
Art. 664-A. No regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial.
Parágrafo Único. O oficial do registro esclarecerá sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, onde comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

484 Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Pernambuco.

> REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS – CASAMENTO – PACTO ANTENUPCIAL – SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA – ESTIPULAÇÃO DE AFASTAMENTO DA SÚMULA 377 DO STF – POSSIBILIDADE. Nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (art. 1641 do CC), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastando a incidência da súmula 377 do Excelso Pretório, desde que mantidas todas as demais regras do regime de separação obrigatória. Situação que não se confunde com a pactuação para alteração do regime de separação obrigatória, para o de separação convencional de bens, que se mostra inadmissível. [485]

O raciocínio adotado parece claro e se funda em argumentos bastante razoáveis. A eleição do regime de bens é matéria de ordem privada e se assenta, em regra, na livre escolha dos nubentes. Ressalvas a tal circunstância apenas ocorrem, no intuito protetivo, nas hipóteses do artigo 1.641 do Código Civil, as quais impedem a comunicação de bens. O regime de separação obrigatória pode ser interpretado à luz da Súmula 377 do STF e gerar comunhão dos aquestos. Não sendo esta a intenção das partes e havendo, então, encontro dela com o objetivo legal, não há de se falar em descabimento da opção. Se o pacto, nesse caso, reafirma a determinação da lei, sua validade se mostra inquestionável. Nesse sentido:

> RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. COMPANHEIRO MAIOR DE 70 ANOS NA OCASIÃO EM QUE FIRMOU ESCRITURA PÚBLICA. PACTO ANTENUPCIAL AFASTANDO A INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 377 DO STF, IMPEDINDO A COMUNHÃO DOS AQUESTOS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA. POSSIBILIDADE. MEAÇÃO DE BENS DA COMPANHEIRA. INOCORRÊNCIA. SUCESSÃO DE BENS. COMPANHEIRA NA CONDIÇÃO DE HERDEIRA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REMOÇÃO DELA DA INVENTARIANÇA. 1. O pacto antenupcial e o contrato de convivência definem as regras econômicas que irão reger o patrimônio daquela unidade familiar, formando o estatuto patrimonial - regime de bens - do casamento ou da união estável, cuja regência se iniciará, sucessivamente, na data da celebração do matrimônio ou no momento da demonstração empírica do preenchimento dos requisitos da união estável (CC, art. 1.723). 2. O Código Civil, em exceção à autonomia privada, também restringe a liberdade de escolha do regime patrimonial aos nubentes em certas circunstâncias, reputadas pelo legislador como essenciais à proteção de determinadas pessoas ou situações e que foram dispostas no art. 1.641 do Código Civil, como sói ser o regime da separação obrigatória da pessoa maior de setenta antos (inciso II). 3. “A ratio legis foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace” (REsp 1689152/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 22/11/2017). 4. Firmou o STJ o entendimento de que, “por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se

485 SÃO PAULO. Corregedoria Geral de Justiça. *Recurso Administrativo n° 1065469-74.2017.8.26.0100*, em 06 de dezembro de 2017. Disponível em: https://www.26notas.com.br/blog/?p=14166. Acesso em 29 jun. 2022.

> mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta" (REsp 646.259/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010). 5. A Segunda Seção do STJ, em releitura da antiga Súmula n. 377/STF, decidiu que, "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição" EREsp 1.623.858/MG, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), Segunda Seção, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018), ratificando anterior entendimento da Seção com relação à união estável (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015). 6. No casamento ou na união estável regidos pelo regime da separação obrigatória de bens, é possível que os nubentes/companheiros, em exercício da autonomia privada, estipulando o que melhor lhes aprouver em relação aos bens futuros, pactuem cláusula mais protetiva ao regime legal, com o afastamento da Súmula n. 377 do STF, impedindo a comunhão dos aquestos. 7. A mens legis do art. 1.641, II, do Código Civil é justamente conferir proteção ao patrimônio do idoso que está casando-se e aos interesses de sua prole, impedindo a comunicação dos aquestos. Por uma interpretação teleológica da norma, é possível que o pacto antenupcial venha a estabelecer cláusula ainda mais protetiva aos bens do nubente septuagenário, preservando o espírito do Código Civil de impedir a comunhão dos bens do ancião. O que não se mostra possível é a vulneração dos ditames do regime restritivo e protetivo, seja afastando a incidência do regime da separação obrigatória, seja adotando pacto que o torne regime mais ampliativo e comunitário em relação aos bens. 8. Na hipótese, o de cujus e a sua companheira celebraram escritura pública de união estável quando o primeiro contava com 77 anos de idade - com observância, portanto, do regime da separação obrigatória de bens -, oportunidade em que as partes, de livre e espontânea vontade, realizaram pacto antenupcial estipulando termos ainda mais protetivos ao enlace, demonstrando o claro intento de não terem os seus bens comunicados, com o afastamento da incidência da Súmula n. 377 do STF. Portanto, não há falar em meação de bens nem em sucessão da companheira (CC, art. 1.829, I). 9. Recurso especial da filha do de cujus a que se dá provimento. Recurso da ex-companheira desprovido.[486]

De fato, com a aplicação da Súmula 377 do STF, o regime de separação de bens legal pode se tornar um regime de comunhão parcial. Por esse motivo, as pessoas que, por força de lei, são obrigadas a realizar o casamento sob o regime de separação de bens (art. 1.641 do CC/02) não devem ser impedidas de, por meio de pacto antenupcial, reafirmar tal incomunicabilidade pela expressão do desinteresse em se considerar o entendimento jurisprudencial assentado. Essa é, inclusive, uma lícita alternativa ao restabelecimento da autonomia dos cônjuges, ofendida pela imposição legal do regime de bens.

---

486 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.922.347/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 1/2/2022.

#### 7.4.1.1.7 Regime de separação de bens legal, cogente ou obrigatório e doação entre cônjuges

É válida a doação de um cônjuge ao outro na constância do matrimônio, quando adotado o regime de separação de bens legal, cogente ou obrigatório?

Admitir a validade das doações seria uma forma de burlar a lei ou até mesmo frustrar o regime imperativo, pois, de fato, poderia caracterizar até mesmo mudança do regime de bens por ato de mera liberalidade na constância do casamento. De acordo com Zeno Veloso, "seria dar intenção ingênua ao legislador; e todo o mecanismo legal, protetivo e repressivo seria de completa inutilidade se pudessem os cônjuges, casados sob o regime obrigatório da separação, fazer doações entre si, fraudando, por sinal, lei imperativa."[487]

No mesmo sentido:

> REGISTRO PÚBLICO – DÚVIDA – ÓBICE LEGAL – Procede a dúvida suscitada pelo notário, quando requerido o registro de escritura de doação com reserva de usufruto vitalício, figurando como doadores, cônjuges casados sob o regime da separação de bens, tendo como objeto imóvel adquirido exclusivamente pelo varão antes do matrimônio. Se o casal contraiu núpcias sob o regime da separação de bens obrigatória (art. 258, parágrafo único, II, CC) é evidente que há incomunicabilidade patrimonial e reconhecer a doação pretendida seria subverter a imposição legal. Os emolumentos pagos por força do art. 14 da L. 6.015/73 devem ser restituídos na forma do art. 206 do mesmo diploma legal.[488]

Por outro lado, não há vedação legal de doação entre os cônjuges, pelo contrário, é admitida conforme se constata no artigo 544 do Código Civil.[489] Há, também, decisões que reconhecem a possibilidade dessa liberalidade entre marido e mulher no regime de separação de bens obrigatório:

> ANULAÇÃO DE DOAÇÃO – PRELIMINARES - REJEIÇÃO – CASAMENTO REALIZADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - CÔNJUGE SEXAGENÁRIO - VALIDADE DA DOAÇÃO FEITA À ESPOSA DESDE QUE OBSERVADA A LEGÍTIMA - PRINCÍPIO DA LIVRE DISPOSIÇÃO DOS BENS. Alargar o sentido da norma prevista no artigo 1641, II do CC para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra a sua liberdade individual. A aplicação da proibição do cônjuge, já de tenra idade, fazer doação ao seu consorte jovem, deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair

487 VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 133.

488 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *AC 2002.001.17.786* – 11ª C.Cív. – Rel. Des. Claudio de Mello Tavares DORJ 21.02.200302.21.2003.

489 O art. 1.720 do Código Civil português expressamente permite a doação de bens entre os cônjuges casados pelo regime imperativo de separação de bens.

matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material.[490]

Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade. - São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-o apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido.[491]

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ABERTURA, REGISTRO E CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO. CASAMENTO SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SEXAGENÁRIO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. O Código Civil de 1916 não privou o cônjuge senil de estipular uma doação de bens na constância do casamento submetido ao regime da separação obrigatória em favor do outro consorte, sendo esta restrição exclusiva ao pacto antenupcial. Não havendo irregularidade formal que invalide o testamento, deve ser confirmada a sentença que determinou a abertura, o registro e o cumprimento do testamento. Recurso conhecido, mas não provido.[492]

Diante do exposto, não obstante a imposição do regime de separação de bens nas hipóteses do artigo 1.641 do Código Civil, fato é que do dispositivo legal não decorre expressamente a impossibilidade de os cônjuges efetuarem doações, favorecendo-os reciprocamente. Ampliar o sentido de norma restritiva de direitos, que tão somente impõe o regime de separação de bens, para proibir pessoas maiores e capazes de disporem de seus bens da maneira que melhor lhes aprouver é, em última análise, mais um atentado contra a liberdade individual. Ora, se as pessoas enumeradas no artigo 1.641 do Código Civil podem fazer doações a quem quer que seja, porque não poderiam fazer ao próprio cônjuge, àquele com quem divide o leito conjugal e estabelece uma comunhão plena de vida?

---

490 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível Nº 1.0491.04.911594-3/001* - COMARCA DE PEDRALVA - RELATORA: DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE – Data do Julgamento: 29/03/2005 – Data da Publicação: 29/04/2005.

491 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 471958/RS* - T3 - TERCEIRA TURMA – Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI – Data do Julgamento: 18/12/2008 – Data da Publicação/DJe: 18/02/2009.

492 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0024.12.255352-2/001*, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, julgamento em 27/06/2013, publicação da súmula em 05/07/2013.

#### 7.4.1.1.8 Exemplo prático de aplicação das regras do regime de separação de bens legal, cogente ou obrigatório

Questão: João e Maria casaram-se há cinco anos pelo regime de separação de bens legal, pois para a realização do casamento foi necessário o suprimento judicial. O marido adquiriu com o fruto dos últimos cinco anos de seu trabalho um apartamento na capital de Minas Gerais no valor de R$ 800.000,00. Há dois anos João herdou do seu pai uma casa em Itueta/MG no valor de R$ 400.000,00 e uma outra em Colatina/ES no valor de R$ 600.000,00. Essas duas últimas propriedades renderam um total de 100 mil reais em aluguéis no último ano, que foram utilizados para a aquisição de um veículo importado. No ano passado, Maria ganhou de seu tio uma casa em Porto Velho/RO, vendendo-a para adquirir outra em Itabira/MG no valor de R$ 200.000,00. No mês passado, João jogou na Mega Sena e ganhou R$ 900.000,00. Na dissolução da sociedade conjugal como os bens serão partilhados?

Respostas:

**Com aplicação da Súmula 377 do STF (posição defendida na presente obra):** Apenas as casas de Itueta/MG, Colatina/ES e Itabira/MG não vão se comunicar, pois adquiridas a título gratuito. Os demais bens vão se comunicar de acordo com a súmula 377 do STF, pois foram adquiridos na constância da sociedade conjugal a título oneroso.

**Bens particulares do João:** A casa de Itueta/MG (R$ 400.000,00) + casa em Colatina/ES (R$ 600.000,00) = **R$ 1.000.000,00**

**Bens particulares da Maria:** Casa de Itabira/MG (R$ 200.000,00) = **R$ 200.000,00**

**Bens comuns (metade para cada cônjuge):** O apartamento na capital de Minas Gerais (R$ 800.000,00) + veículo importado (R$ 100.000,00) + prêmio da Mega Sena (R$ 900.000,00) = **R$ 1.800.000,00**

**Resultado após a partilha:**

João: Bens particulares (R$ 1.000.000,00) + metade dos bens comuns (R$ 900.000,00) = R$ 1.900.000,00

Maria: Bens particulares (R$ 200.000,00) + metade dos bens comuns (R$ 900.000,00) = R$ 1.100.000,00

**Sem aplicação da Súmula 377 do STF:**

Tudo o que foi adquirido por João a qualquer título (gratuito ou oneroso), bem como os frutos produzidos por esses bens, não se comunicam com a Maria; portanto, pertencem a João os seguintes bens: O apartamento na capital de Minas Gerais; as casas de Itueta/MG e de Colatina/ES; o veículo importado; e o prêmio da Mega Sena.

Da mesma forma, tudo o que foi adquirido por Maria a qualquer título (gratuito ou oneroso), bem como, os frutos produzidos por esses bens, não se comunicam com o João; portanto, pertence à Maria o seguinte bem: a casa de Itabira/MG.

**Bens particulares do João:** O apartamento na capital de Minas Gerais (R$ 800.000,00) + a casa de Itueta/MG (R$ 400.000,00) + a casa de Colatina/ES (R$

600.00,00) + o veículo importado (R$ 100.000,00) + o prêmio da Mega Sena (R$ 900.000,00) = **R$ 2.800.000,00.**

**Bens particulares da Maria:** A casa de Itabira/MG (R$ 200.000,00) = **R$ 200.000,00**

**Bens comuns (metade para cada cônjuge):** R$ 0,00

### 7.4.1.2 Regime de separação de bens convencional

Estipulada a separação de bens por meio de pacto antenupcial, os bens presentes e os posteriores ao casamento ficarão sob a administração exclusiva do cônjuge proprietário, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real. Nenhum bem, em face do regime de separação convencional, irá se comunicar. Por força desse regime, nem mesmo os frutos e os rendimentos dos bens vão se comunicar.

No entanto, apesar da divisão total dos bens, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial (art. 1.688 do CC/02). Aliás, tal regra aplica-se a todos os regimes de bens, pois representa a materialização do princípio constitucional da isonomia (arts. 5º, I, e 226, § 5º, da CF/88).

No regime de separação de bens convencional não há que se falar em aplicação da Súmula 377 do STF, pois seria uma afronta à autonomia privada dos cônjuges que, por livre e espontânea vontade, por meio de pacto antenupcial, escolheram o regime de separação de bens. Portanto, nessa circunstância, não há que se presumir o esforço comum na aquisição dos bens durante o casamento, já que deliberadamente afastado pelos cônjuges tal entendimento. Nesse regime são apenas duas massas de bens: uma do marido e outra da mulher, não existindo um patrimônio comum por força das regras da separação convencional. A dissociação dos bens é *absoluta*.

Entretanto, excepcionalmente, poderá haver a formação de uma massa de bens comuns. É que, apesar de o regime escolhido pelos cônjuges ser o da separação de bens, as regras do direito das coisas e, também, do direito das obrigações poderão incidir.[493] Como exemplifica Zeno Veloso,

493 Nesse sentido: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CASAMENTO. REGIME MATRIMONIAL DE BENS. SEPARAÇÃO TOTAL CONVENCIONAL. CC/1916, ART. 276. CC/2002, ARTS. 1687 E 2039. INCOMUNICABILIDADE. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PARTILHA DE BENS PARTICULARES. IMPOSSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DE CO-PROPRIEDADE ENTRE OS CÔNJUGES. LEGALIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1 - No regime matrimonial da separação total convencional de bens, "cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento." (Washington de Barros Monteiro). 2 - É incompatível com o ordenamento jurídico pátrio o reconhecimento de formação de sociedade de fato que contrarie os ditames expressos em escritura pública de pacto antenupcial de bens que elegeu o absoluto individualismo dos cônjuges em matéria patrimonial. 3 - A eleição do regime matrimonial de separação total convencional de bens não impede, nas relações patrimoniais, a ocorrência de outros institutos jurídicos, permitindo a existência de copropriedade. Apelação Cível do cônjuge mulher provida. Apelação Cível do cônjuge varão desprovida.

> assim, não obstante serem casados sob o regime da absoluta separação, nada impede que os cônjuges, reunindo economias, comprem em conjunto um imóvel. Nem se proíbe que alguém faça doação de uma coisa a ambos os cônjuges, em partes iguais ou desiguais. Portanto, há a possibilidade de existir um patrimônio em *condomínio* [...]. Não se trata de *comunhão,* como a que decorre dos regimes matrimoniais de bens, mas *de compropriedade,* tanto que submetida a outras normas: cada cônjuge pode alhear a respectiva parte indivisa, bem como, a todo tempo, exigir a divisão da coisa comum.[494]

Outra possibilidade, ligada ao direito das obrigações, agora como forma de evitar o enriquecimento sem causa, também poderá justificar a divisão dos bens adquiridos por apenas um dos cônjuges, na constância da sociedade conjugal, no regime de separação convencional de bens. As decisões a seguir são esclarecedoras:

> REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. PROVA DE ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. Em que pese as partes tenham adotado o regime da separação total de bens, revela-se impositivo reconhecer à virago direito a montante correspondente a 50% do patrimônio amealhado na vigência do casamento, porquanto manifestamente comprovada sua efetiva contribuição para a aquisição

(DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Proc. n. 20040111131042. Relator: Angelo Passareli, julgado em 31/10/2007. *Diário de Justiça da União,* Brasília, 22 nov. 2007, p. 333).

SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALIMENTOS. PEDIDO DE FIXAÇÃO EM FAVOR DA EX-ESPOSA. PROVA. DESNECESSIDADE. PARTILHA. REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CABIMENTO. 1. Descabe estabelecer a obrigação alimentar quando não ficou demonstrada a necessidade da virago de ser sustentada pelo ex-marido, pois recebe benefício previdenciário em patamar equivalente aos ganhos do varão, sendo suficiente para manter o seu sustento. 2. Correta a partilha de bens determinada na sentença, pois tendo as partes casado pelo regime da separação legal de bens, sem pacto antenupcial portanto, devem ser partilhados os aquestos, isto é, os bens adquiridos com esforço comum do casal na constância do casamento. Recursos desprovidos. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível, Nº 70041835067,* Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 15-02-2012; Publicação: 16-02-2012)

EMENTA: FAMÍLIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONTA POUPANÇA CONJUNTA. COMPROVAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS POR CADA UMA DAS PARTES. AUSÊNCIA. NUMERÁRIO UTILIZADO NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. PARTILHA. CABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ainda que as partes tenham adotado o regime da separação de bens, impõe-se a partilha dos bens adquiridos durante a união estável, na proporção da contribuição para a aquisição dos bens, sob pena de enriquecimento sem justa causa de um companheiro em detrimento do outro. Inexistindo prova do valor total depositado por cada um dos litigantes na conta poupança conjunta, conclui-se que a cada um cabe metade do numerário depositado e, por conseguinte, que parte do veículo objeto da ação foi adquirido por esforço comum, tornando imperiosa a partilha do bem, observada a proporção da contribuição. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0145.12.032898-7/001,* Relator(a): Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/01/2015, publicação da súmula em 06/02/2015).

494 VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 198, grifo do autor.

> dos bens, sob pena de enriquecimento ilícito de um cônjuge em detrimento do outro [...].[495]
>
> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CASAMENTO. REGIME CONVENCIONAL DA SEPARAÇÃO DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL. DIVÓRCIO. PARTILHA DE BEM ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. ESFORÇO COMUM. COMPROVAÇÃO. DEFERIMENTO. BEM MÓVEL EXCLUSIVO DE UM DOS CÔNJUGES. DÍVIDA QUE HÁ DE SER HONRADA. RESSARCIMENTO DEVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Considerando a adoção do regime convencional de separação de bens, livremente firmado entre o casal em pacto antenupcial, este há de embasar as questões referentes à partilha. Inexistindo qualquer estipulação sobre os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço, mesmo que não proporcional, de ambos os cônjuges, há de ser partilhado o imóvel adquirido pelo casal. O caso dos autos espelha uma situação excepcional, autorizadora da partilha, sob pena de, até mesmo, placitar o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges. Comprovado que o varão arcou com dívida referente a veículo de propriedade exclusiva da mulher, mantem-se a condenação desta ao ressarcimento, apesar de em valor inferior ao contido na r. sentença apelada. Embora o §8.º do art. 85 do CPC não inclua, expressamente, a previsão de que as causas com valor elevado também podem ter seus honorários fixados a partir da equidade, a conclusão decorre da interpretação teleológica da própria norma, que visa evitar os abusos formais que decorram de evidentes disparidades e ensejem ônus ou remuneração ínfimos ou excessivos.[496]

Assim, apesar de o regime ser o da separação convencional de bens, se um dos cônjuges provar que, efetivamente, contribuiu para a aquisição de determinado bem registrado apenas em nome do outro cônjuge, necessária será a divisão do referido bem entre os cônjuges, de acordo com a parcela de contribuição de cada um, como forma de se evitar o enriquecimento sem causa. Note-se que, nesse caso, não é a presunção absoluta de esforço comum que justifica a divisão do bem adquirido na constância da sociedade conjugal, como ocorre no regime de comunhão parcial, mas a prova efetiva de contribuição para a aquisição do bem. Por isso, o ônus da prova é do cônjuge que alega que, efetivamente – diretamente –, contribuiu para a aquisição do bem.

### 7.4.1.2.1 Regime de separação convencional de bens e alimentos

Ainda que o regime de bens do casamento seja o da separação convencional, o direito a alimentos entre os cônjuges não sofre nenhum abalo. Portanto, independentemente do regime de bens adotado, podem os cônjuges reclamar alimentos entre si, devendo o montante da prestação alimentícia ser estipulado

495 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0024.12.255352-2/001*, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, julgamento em 27/06/2013, publicação da súmula em 05/07/2013.

496 DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. 2ª Turma Cível. *Apelação Cível Nº* 07071313820188070016 - (0707131-38.2018.8.07.0016 - RES. 65 CNJ) - Segredo De Justiça – Rel. Des. Carmelita Brasil – Data do julgamento: 22/05/2019; Publicação DJe: 05/06/2019.

de acordo com a necessidade do cônjuge alimentário e a capacidade do cônjuge alimentante. Evidencia-se, portanto, que o principal fundamento da obrigação alimentar se encontra no princípio da solidariedade familiar, que não é afetado pelo regime de bens do casamento. Nem mesmo o disposto no artigo 1.688 do Código Civil, que permite aos cônjuges acordarem no pacto antenupcial como cada um irá contribuir para as despesas e gastos decorrentes do lar conjugal, tem o condão de interferir no direito a alimentos que é recíproco entre eles.

### 7.4.1.2.2 Exemplo prático de aplicação das regras do regime de separação de bens convencional

Questão: João e Maria casaram-se há cinco anos pelo regime de separação convencional de bens. A mulher adquiriu com o fruto dos últimos cinco anos de seu trabalho um apartamento na capital de Minas Gerais no valor de R$ 800.000,00. Há dois anos, Maria herdou do seu pai uma casa em Itueta/MG no valor de R$ 400.000,00 e uma outra em Colatina/ES no valor de R$ 600.000,00. Essas duas últimas propriedades renderam um total de 100 mil reais em aluguéis no último ano, que foram utilizados para a aquisição de um veículo importado. No ano passado, João ganhou de seu tio uma casa em Porto Velho/RO, vendendo-a para adquirir outra em Itabira/MG no valor de R$ 200.000,00. No mês passado, Maria jogou na Mega Sena e ganhou R$ 900.000,00. Na dissolução da sociedade conjugal como os bens serão partilhados?

Resposta: Tudo o que foi adquirido por Maria a qualquer título (gratuito ou oneroso), bem como os frutos produzidos por esses bens, não se comunicam com o João; portanto, pertencem à Maria os seguintes bens: O apartamento na capital de Minas Gerais; as casas de Itueta/MG e de Colatina/ES; o veículo importado; e o prêmio da Mega Sena.

Da mesma forma, tudo o que foi adquirido por João a qualquer título (gratuito ou oneroso), bem como os frutos produzidos por esses bens, não se comunicam com a Maria; portanto, pertence a João o seguinte bem: a casa de Itabira/MG.

**Bens particulares da Maria:** O apartamento na capital de Minas Gerais (R$ 800.000,00) + a casa de Itueta/MG (R$ 400.000,00) + a casa de Colatina/ES (R$ 600.00,00) + o veículo importado (R$ 100.000,00) + o prêmio da Mega Sena (R$ 900.000,00) = **R$ 2.800.000,00.**

**Bens particulares do João:** A casa de Itabira/MG (R$ 200.000,00) = **R$ 200.000,00**

**Bens comuns (metade para cada cônjuge):** R$ 0,00

### 7.4.2 Regime de comunhão parcial de bens

No regime da comunhão parcial, os bens que cada cônjuge possuía antes de se casar não se comunicam e, geralmente, os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal a título oneroso, comunicam-se.

Portanto, há a possibilidade de serem formadas três massas de bens distintas: os bens comuns, os bens do marido e os bens da mulher. A formação dos bens comuns, que também poderá ocorrer no regime de comunhão universal, gerará um condomínio especial entre os cônjuges. Mesmo considerados coproprietários dos bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso, os cônjuges, diferentemente do que ocorre no condomínio ordinário ou tradicional, não podem, isoladamente, alienar ou hipotecar a própria quota ou, ainda, exigir a divisão das coisas comuns. A prática de tais atos por apenas um dos cônjuges só será possível finda a sociedade conjugal.

Conforme já alertado, desde o dia 26 de dezembro de 1977, quando entrou em vigor no Brasil a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), na ausência de pacto antenupcial ou diante de pacto inválido, prevalece o regime legal supletivo de comunhão parcial de bens.

Assim, para a adoção do regime de comunhão parcial de bens não é preciso realizar nenhum ato solene, basta que seja reduzida a termo, no processo de habilitação do casamento, a vontade dos nubentes.

### 7.4.2.1 Bens que não se comunicam na comunhão parcial

De acordo com os artigos 1.659 e 1.661 do Código Civil são incomunicáveis, ou seja, excluem-se da comunhão parcial:

- *Os bens que cada cônjuge possuir ao se casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar.*

O que pertencia a um dos cônjuges antes do casamento não se comunica com o outro cônjuge, bem como os bens sub-rogados. Assim, se um cônjuge já realizou o casamento com uma casa no valor de R$ 600.000,00, na dissolução da sociedade conjugal o outro cônjuge não terá direito a essa casa. Nem mesmo se ocorrer a venda da casa no valor de R$ 600.000,00 na constância do casamento e com o produto da venda for adquirido um sítio no mesmo valor haverá divisão desse novo bem, pois ocorreu sub-rogação, ou seja, com a venda de um bem particular foi adquirido outro bem que continuará sendo bem particular. Claro que, se na hipótese anterior fosse adquirido um sítio no valor de R$ 900.000,00, apenas R$ 600.000,00 seriam considerados como bem particular, devendo o restante do valor, R$ 300.000,00, ser partilhado igualmente entre os cônjuges, pois foi adquirido na constância do casamento a título oneroso. Nesse sentido:

> SEPARAÇÃO JUDICIAL – PARTILHA – REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS – PARTE DE BEM IMÓVEL ADQUIRIDA EM SUB-ROGAÇÃO POR BEM PARTICULAR DE UMA DAS PARTES – EXCLUSÃO DA PARTILHA – RESTANTE DO BEM ADQUIRIDO NO CURSO DA RELAÇÃO – DIREITO À MEAÇÃO – Demonstrada existência de bem, com parte adquirida em sub-rogação por bem particular de uma das partes, de acordo com a regra do art. 1.659, II, CC, tal percentual deve ser excluído da partilha. Lado outro, desde que o restante do imóvel tenha sido adquirido por esforço mútuo

> do casal, tal percentual posteriormente integralizado para a complementação da compra deve ser partilhado, na forma do art. 1.658, CC. [497]

Assim, a incomunicabilidade do que cada cônjuge traz consigo para o casamento, bem como do que, na sua pendência, recebe por doação ou sucessão e os bens sub-rogados em seu lugar, retrata a principal diferença entre o regime de comunhão parcial e o regime de comunhão universal já que, neste, todos os bens citados comunicam-se com o outro cônjuge.

- *Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares.*

Em tal hipótese não há aquisição propriamente de um bem, mas mera substituição de um bem que já era particular, por outro bem que continuará sendo particular. Assim, os bens adquiridos com o produto da venda de bens particulares de um dos cônjuges tomam o lugar desses bens e passam a se revestir da mesma incomunicabilidade de que aqueles revestiam. Trata-se de uma regra inútil diante da norma anterior que, conforme pode ser facilmente constatado, abarca a presente hipótese.

- *As obrigações anteriores ao casamento.*

A responsabilidade pelas obrigações assumidas antes do casamento é pessoal, por isso somente o cônjuge que as contraiu irá responder por elas. Somente diante da prova do proveito do outro será possível a comunicação da responsabilidade entre os cônjuges.

- *As obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal.*

Somente o cônjuge que praticou um ato ilícito deve ser responsabilizado, mesmo que esse ato tenha sido praticado na constância da sociedade conjugal. No entanto, se o outro cônjuge teve proveito do ato ilícito praticado, ambos vão responder. Nesse sentido é o entendimento adotado pelo STJ por meio da Súmula 251: "a meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal."

- *Os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão.*

Os bens de uso pessoal, como, por exemplo, as roupas e os sapatos, não se comunicam diante da sua pessoalidade. Os livros profissionais (a biblioteca profissional de um médico ou de um advogado, por exemplo) e os instrumentos de profissão (a cadeira de um dentista, os aparelhos de um cirurgião, a máquina de costurar de uma costureira, por exemplo) também não se comunicam, pois necessários ao exercício da profissão. Evidentemente o aspecto econômico não pode ser ignorado na análise de tais hipóteses. Assim, a regra acima não será aplicada diante de uma biblioteca de 30 mil volumes adquirida por um dos cônjuges e que

497 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 1.0209.98.001843-3/001* – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Geraldo Augusto – DJMG 16.12.200512.16.2005.

constitui parcela considerável do que foi investido na constância do casamento. Também não há que se considerarem, como meros instrumentos de profissão, as 20 cadeiras de dentista e o andar inteiro de um prédio adquiridos por um dos cônjuges na constância da sociedade conjugal para a montagem de uma clínica odontológica. Em tais hipóteses, fica claro que tais bens perderam o caráter de imprescindíveis para o exercício da profissão e, por isso, devem ser partilhados igualmente entre os cônjuges.

Por fim, também soa razoável defender a comunhão, se um dos cônjuges provar que, efetivamente, contribuiu para a aquisição de determinado instrumento necessário ao exercício da profissão do outro cônjuge. Nesse caso, necessária será a divisão do referido bem, de acordo com a parcela de contribuição de cada um, como forma de se evitar o enriquecimento sem causa. Note-se, porém, que não é a presunção absoluta de esforço comum que justifica a divisão do bem adquirido na constância da sociedade conjugal, mas a prova efetiva de contribuição para a aquisição do instrumento de profissão. Por isso, o ônus da prova é do cônjuge que alega a contribuição efetiva para sua aquisição.

- *Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.*

Considerando o presente contexto, deve-se entender por proventos toda e qualquer remuneração recebida em virtude de atividade profissional, pública ou privada (salário, honorários do profissional liberal, *pro labore* de serviços prestados etc.).

Na verdade, o que não se comunica é o direito à percepção dos proventos do trabalho. Significa dizer que, se um dos cônjuges foi aprovado em concurso público na constância do casamento e passou a receber um ótimo salário, na dissolução da sociedade conjugal, o salário não vai se comunicar, pois o direito à percepção do salário é pessoal, por isso, somente o cônjuge aprovado no concurso continuará recebendo o referido provento.

No entanto, os proventos em si do trabalho pessoal de cada cônjuge, percebidos na constância da sociedade conjugal, bem como os produtos obtidos com esses proventos, vão se comunicar, ou seja, integrarão os bens do casal. Assim, se um dos cônjuges com os proventos do seu trabalho adquire uma casa na constância do casamento, tal bem deverá ser dividido em partes iguais com o outro cônjuge por ocasião da cessação da sociedade conjugal. Outra interpretação acabaria desvirtuando o regime de comunhão parcial de bens.

Por esse raciocínio, as verbas de natureza salarial nascidas na constância do casamento também vão se comunicar. Trata-se de crédito trabalhista adquirido na constância do matrimônio. O crédito trabalhista acumulado adquire a natureza de bem que sobreveio ao casal na constância do casamento.

> Direito civil e família. Recurso especial. Ação de divórcio. Partilha dos direitos trabalhistas. Regime de comunhão parcial de bens. Possibilidade.
> - Ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens é devida à meação das verbas trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento.

> - As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal. Recurso especial conhecido e provido.[498]
> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. DIVÓRCIO. SOBREPARTILHA. VERBAS TRABALHISTAS. PROVENTOS. COMUNICABILIDADE. DIREITOS ORIUNDOS DE ATIVIDADE REALIZADA NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. FRUTOS PERCIPIENDOS. DEFASAGEM SALARIAL. VIVÊNCIA COMPARTILHADA PELOS CONSORTES. SEPARAÇÃO DE FATO. MARCO FINAL DA RELAÇÃO CONJUGAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao reconhecer, nos regimes de comunhão parcial ou universal de bens, a comunicabilidade das verbas trabalhistas oriundas de ação judicial relativa a direitos adquiridos na constância do casamento. 2. Seja pela mora administrativa ou judicial no reconhecimento de direitos trabalhistas, seja pela própria inércia do reclamante em ajuizar a ação ou pedido formal cabível - permanece o direito à meação dos frutos pendentes na ocasião da separação de fato, pois adquiridos na vigência da sociedade matrimonial, ainda que reconhecidos ou pleiteados posteriormente a ela. 3. Trata-se, na hipótese, da partilha de frutos percipiendos, é dizer, daqueles que deveriam ter sido colhidos à época do matrimônio, mas, por diversas razões, não o foram. Precedentes. 4. À época da violação do direito, apenas posteriormente declarada pelo Judiciário, ambos os cônjuges sofreram os ônus da defasagem salarial já àquele tempo devida. Também por isso se mostra cabível a partilha das verbas trabalhistas, a fim de restaurar o descompasso na economia doméstica vivenciado conjuntamente pelos consortes. 5. Conforme entendimento consolidado pela Jurisprudência, a separação de fato faz cessar os deveres conjugais, bem como a comunhão de bens entre as partes. 6. Recurso conhecido e parcialmente provido.[499]

Assim, se um dos cônjuges faz jus a verbas trabalhistas resultantes de um contrato de trabalho cumprido na constância da sociedade conjugal, mesmo que a sentença que reconheça tais verbas seja posterior ao término da sociedade conjugal, por ser declaratória, inquestionável que o valor obtido deverá ser partilhado igualmente entre os cônjuges. O direito ao bem já pertencia ao cônjuge trabalhador, ou seja, já havia ingressado na esfera de seu patrimônio na constância da sociedade conjugal.

Até porque, houvessem as verbas trabalhistas sido pagas na constância da sociedade conjugal, não haveria dúvidas da ocorrência de sua comunicação entre os cônjuges, não se justificando tratamento desigual apenas por uma questão temporal imposta pelo não pagamento de tais verbas na época oportuna.

*As pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.*

De acordo com o artigo 107 do Decreto-Lei nº 9.698/46, que aprovou o Estatuto dos Militares, a herança militar era constituída pela pensão de montepio e meio-soldo, ou pelas pensões especiais. A Lei nº 3.765/60 unificou as pensões de

498 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 646529/SP* - Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI - Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 21/06/2005 - Data da Publicação/Fonte DJ 22/08/2005, p. 266.

499 DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *Acórdão 1227559, 07197916420188070016*, Relator: Eustáquio de Castro, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 29/1/2020, publicado no PJe: 6/2/2020.

montepio, meio-soldo e especiais criando apenas um benefício que ficou conhecido como Pensão Militar, garantindo a uniformidade de tratamento nas Forças Armadas e estabelecendo a universalidade das contribuições. Por isso, inadequadas e ultrapassadas são as expressões *Montepio* e *Meio-soldo* utilizadas pelo legislador no inciso VII do artigo 1.659 do Código Civil.

Hodiernamente, a expressão *pensões* é o bastante, pois representa o valor pago, periodicamente, a uma pessoa, com a finalidade de prover a sua subsistência, estipulada por lei, sentença judicial ou ato de liberalidade *inter vivos* ou *causa mortis*.

O mesmo raciocínio aplicado aos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge também se aplica às pensões e a outras rendas semelhantes, ou seja, o que não se comunica é o direito à percepção de tais vantagens pecuniárias. No entanto, os bens adquiridos com tais verbas vão se comunicar.

Dentro dessa categoria, o STJ tem incluído os valores investidos em previdência privada fechada[500].

---

500 CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE INVENTÁRIO E PARTILHA. COMORIÊNCIA ENTRE CÔNJUGES E DESCENDENTES. COLAÇÃO AO INVENTÁRIO DE VALOR EM PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA ABERTA. NECESSIDADE. REGIME MARCADO PELA LIBERDADE DO INVESTIDOR. CONTRIBUIÇÃO, DEPÓSITOS, APORTES E RESGATES FLEXÍVEIS. NATUREZA JURÍDICA MULTIFACETADA. SEGURO PREVIDENCIÁRIO. INVESTIMENTO OU APLICAÇÃO FINANCEIRA. DESSEMELHANÇAS ENTRE OS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA E FECHADA, ESTE ÚLTIMO INSUSCETÍVEL DE PARTILHA. NATUREZA SECURITÁRIA E PREVIDENCIÁRIA DOS PLANOS PRIVADOS ABERTOS VERIFICADA APÓS O RECEBIMENTO DOS VALORES ACUMULADOS, FUTURAMENTE E EM PRESTAÇÕES, COMO COMPLEMENTAÇÃO DE RENDA. NATUREZA JURÍDICA DE INVESTIMENTO E APLICAÇÃO FINANCEIRA ANTES DA CONVERSÃO EM RENDA E PENSIONAMENTO AO TITULAR. BEM PERTENCENTE À MEAÇÃO DA CÔNJUGE IGUALMENTE FALECIDA QUE DEVE SER OBJETO DE PARTILHA COM SEUS HERDEIROS ASCENDENTES. 1- Recurso especial interposto em 13/02/2017 e atribuído à Relatora em 02/03/2018. 2- O propósito recursal consiste em definir se deve a inventariante colacionar o valor existente em previdência complementar privada aberta na modalidade PGBL ao inventário do falecido, especialmente na hipótese em que houve comoriência entre o autor da herança, a sua cônjuge e os seus filhos, figurando como herdeiros apenas os ascendentes do casal. 3- Os planos de previdência privada aberta, operados por seguradoras autorizadas pela SUSEP, podem ser objeto de contratação por qualquer pessoa física e jurídica, tratando-se de regime de capitalização no qual cabe ao investidor, com amplíssima liberdade e flexibilidade, deliberar sobre os valores de contribuição, depósitos adicionais, resgates antecipados ou parceladamente até o fim da vida, razão pela qual a sua natureza jurídica ora se assemelha a um seguro previdenciário adicional, ora se assemelha a um investimento ou aplicação financeira. 4- Considerando que os planos de previdência privada aberta, de que são exemplos o VGBL e o PGBL, não apresentam os mesmos entraves de natureza financeira e atuarial que são verificados nos planos de previdência fechada, a eles não se aplicam os óbices à partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal ou da sucessão, apontados em precedente da 3ª Turma desta Corte (REsp 1.477.937/MG). 5- Embora, de acordo com a SUSEP, o PGBL seja um plano de previdência complementar aberta com cobertura por sobrevivência e o VGBL seja um plano de seguro de pessoa com cobertura por sobrevivência, a natureza securitária e previdenciária complementar desses contratos é marcante no momento em que o investidor passa a receber, a partir de determinada data futura e em prestações periódicas, os valores que acumulou ao longo da vida, como forma de complementação do valor recebido da previdência pública e com o propósito de manter um determinado padrão de vida. 6- Todavia, no período que antecede a percepção dos valores, ou seja, durante as contribuições e formação do patrimônio, com múltiplas possibilidades de depósitos, de aportes diferenciados e de retiradas, inclusive antecipadas, a natureza preponderante do contrato de previdência complementar aberta é de investimento, razão pela qual o valor existente em plano de previdência complementar aberta, antes de sua conversão em renda e

Na edição n. 113 da publicação Jurisprudência em Teses[501], foi introduzida a tese de número 6, segundo a qual "os valores investidos em previdência privada fechada se inserem, por analogia, na exceção prevista no art. 1.659, VII, do Código Civil de 2002, consequentemente, não integram o patrimônio comum do casal e, portanto, não devem ser objeto da partilha."[502]

Em sentido contrário, o mesmo Superior Tribunal de Justiça trata os rendimentos provenientes da Previdência Privada administrada por entidade aberta. Nesse caso, compreende-se que os valores equivalem a aplicações financeiras comuns, expostos aos riscos do mercado, razão pela qual não tem caráter personalíssimo ou alimentar, a justificar sua exclusão da comunhão.[503]

- *Os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.*

No regime de comunhão parcial os bens adquiridos por cada cônjuge antes do casamento não se comunicam, daí a presente regra. Se um dos cônjuges, antes do casamento, emprestou a quantia de R$ 400.000,00 a um amigo e na constância do casamento ao receber a referida quantia adquire um bem, tal bem não vai se comunicar, pois a causa de aquisição desse bem é anterior ao casamento. Cita-se, ainda, como exemplo, o cônjuge que antes do casamento já possuísse tempo suficiente para usucapir determinado bem. Mesmo que a ação de usucapião tenha sido ajuizada na constância do casamento tal bem não vai se comunicar, pois a causa de aquisição é anterior ao casamento. Nesse sentido:

> Direito civil. Família. Imóvel cuja aquisição tem causa anterior ao casamento. Transcrição na constância da sociedade conjugal. Incomunicabilidade. Imóvel cuja

---

pensionamento ao titular, possui natureza de aplicação e investimento, devendo ser objeto de partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal ou da sucessão por não estar abrangido pela regra do art. 1.659, VII, do CC/2002. 7- Na hipótese, tendo havido a comoriência entre o autor da herança, sua cônjuge e os descendentes, não havendo que se falar, pois, em sucessão entre eles, devem ser chamados à sucessão os seus respectivos herdeiros ascendentes, razão pela qual, sendo induvidosa a conclusão de que o valor existente em previdência complementar privada aberta de titularidade do autor da herança compunha a meação da cônjuge igualmente falecida, a colação do respectivo valor ao inventário é indispensável. 8- Recurso especial conhecido e desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1726577/SP*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 01/10/2021)

501 De acordo com o Portal do Superior Tribunal de Justiça, a Jurisprudência em Teses consiste em "publicação periódica que apresenta um conjunto de teses sobre determinada matéria, com os julgados mais recentes do Tribunal sobre a questão, selecionados até a data especificada." As publicações, que contemplam diversos ramos do direito, podem ser encontradas em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/.

502 Julgados: *AgInt no AREsp 1205416/SP*, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018; REsp 1477937/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 20/06/2017; REsp 1528026/DF (decisão monocrática), Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/05/2018, publicado em 16/05/2018. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 606)

503 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1593026/SP*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 17/1/2021.

> aquisição tenha causa anterior ao casamento realizado sob o regime de comunhão parcial de bens, com transcrição no registro imobiliário na constância deste, é incomunicável. Inteligência do art. 272 do CC/16 (correspondência: art. 1.661 do CC/02). A jurisprudência deste Tribunal tem abrandado a cogência da regra jurídica que sobreleva a formalidade em detrimento do direito subjetivo perseguido. Para tal temperamento, contudo, é necessário que a forma imposta esteja sobrepujando a realização da Justiça. Recurso especial não conhecido.[504]

Diante de tal regra, resta saber: se a pessoa prometeu comprar, por meio de um contrato de promessa de compra e venda, determinada propriedade, vindo a contrair casamento, quando, então, registrou o título no cartório de imóveis, tal bem não se comunica, já que a causa da compra – a promessa de compra e venda – foi anterior às núpcias, ou se comunica, porque o título aquisitivo foi obtido já na constância do casamento?

Deve-se tomar cuidado com a interpretação literal nesse caso, pois o disposto nessa regra deve ser conciliado com o princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

Assim, se ainda solteiro, um dos cônjuges por meio de contrato de promessa de compra e venda adquiriu um bem e efetuou o pagamento das prestações antes do casamento, mesmo que o título definitivo só lhe seja entregue na constância do casamento, o referido bem não vai se comunicar, pois foi adquirido sem a colaboração do outro cônjuge. O simples registro, porque efetuado na constância do casamento, não tem força suficiente para atribuir ao outro cônjuge o domínio da metade ideal, quando em nada contribuiu para a aquisição do bem. Por outro lado, se o pagamento das prestações foi feito antes e depois do casamento é de se concluir que parte do bem foi quitada na constância do casamento com o esforço de ambos, por isso na dissolução da sociedade conjugal deverá ser feito o cálculo contábil para identificar o que foi quitado antes do casamento, e o que foi efetivamente quitado na constância do casamento, pois essa última parte deve ser dividida entre os cônjuges.[505]

A mesma regra aplica-se aos financiamentos da casa própria que muitas vezes são feitos por apenas um dos cônjuges pouco antes da realização do casamento, sendo que a maior parte das prestações é quitada na constância da sociedade conjugal.[506]

---

504 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 707092/DF* - Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI - Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 28/06/2005 - Data da Publicação/Fonte DJ 01/08/2005 p. 456.

505 Casamento celebrado sob a égide do regime da COMUNHÃO PARCIAL de bens. Partilha. Imóvel. Contrato de Compra e Venda constante nos autos. Comunicabilidade do referido bem. Solidariedade entre as partes no adimplemento do referido contrato. In casu, muito embora tenha sido adquirido e registrado em nome exclusivo do réu, antes da constituição da sociedade conjugal, o bem imóvel se comunica para efeito de partilha, uma vez que as prestações do financiamento foram quitadas na constância do casamento, presumindo-se, portanto, o concurso da mulher no seu pagamento, ainda que de forma indireta. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap. Cível 1.0024.03.114837-2/001, Relator: Des. Pinheiro Lago, julgado em 01/03/2004. *Diário de Justiça de Minas Gerais,* Belo Horizonte, 06 abr. 2004).

506 APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO

Em sentido diametralmente oposto, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em 2021. No Recurso Especial n.°1.841.128 - MG,[507] o Tribunal entendeu que, porque assumido individualmente pela esposa e antes das núpcias, o imóvel adquirido não gera comunhão, nem mesmo em relação ao financiamento remanescente, pago ao longo da sociedade conjugal. Noutros termos, o entendimento do STJ, nesse caso, viola frontalmente o cerne do regime de comunhão parcial de bens, qual seja a presunção absoluta de esforço comum em relação a toda e qualquer aquisição onerosa ao longo do casamento. Afinal, na hipótese, restou afastada a meação do marido em relação ao domínio imobiliário, quitado na constância do matrimônio, por ausência de prova da sua contribuição financeira para tanto.

---

LITIGIOSO. RECONVENÇÃO. AGRAVOS RETIDOS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. MATÉRIA PRECLUSA. NÃO CONHECIMENTO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. IMÓVEL FINANCIADO. PARTILHA DOS ATIVOS E PASSIVOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. PROPORÇÃO DE CINQUENTA POR CENTO (50%). GUARDA E RESPONSABILIDADE. ALTERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL NÃO DEMONSTRADA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA MENOR. PERMANÊNCIA COM A GENITORA. 1. Tendo sido interpostos agravos retidos contra decisões que não conheceram dos pedidos das partes ré e autora, respectivamente, ao argumento de que tais pedidos já haviam sido indeferidos anteriormente pelos mesmos fundamentos, em decisão já alcançada pela preclusão, impõe-se o seu não conhecimento. 2. No regime de comunhão parcial, em se tratando de bem imóvel adquirido por um dos cônjuges antes da relação conjugal, e financiado, abrangendo o período em que as partes estiveram casadas, é devida a sua partilha na proporção de cinquenta por cento (50%) do valor das prestações pagas na constância da sociedade conjugal até a separação de fato, independentemente de o outro cônjuge exercer atividade laborativa remunerada, a teor do disposto no art. 1.658, e seguintes, do CC/02. Precedentes jurisprudenciais. 3. Tanto os bens adquiridos na constância do casamento sob o regime de comunhão parcial, quanto as dívidas contraídas em prol da entidade familiar devem ser igualmente partilhados, ou seja, ativo e passivo constituem, respectivamente, direito e obrigação de ambos os cônjuges, desde que efetivamente comprovados e assumidos em benefício da família, de modo que devem ser partilhadas as parcelas pagas do financiamento imobiliário durante a vigência da relação conjugal, bem como eventuais parcelas inadimplidas no mesmo período, impondo-se a reforma do decisum, nesse ponto. 4. A mudança da guarda deve se basear em questões objetivas. Se não há circunstância excepcional ou fato que desabone a conduta da genitora, bem como se ambos os genitores possuem condições de atender às necessidades materiais e afetivas do filho, não há que ser modificada a guarda concedida à genitora, desde a separação de fato do casal, e que foi mantida em acordo homologado em sede de alimentos, por falta de justificativa plausível. 5. Agravos retidos das partes autora e ré não conhecidos. Apelo parcialmente provido. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *Acórdão 868374, 20130310238627APC,* Relator: ARNOLDO CAMANHO, Revisor: SÉRGIO ROCHA, 4ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 13/5/2015, publicado no DJE: 29/5/2015, p. 183).

507 RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. NAMORO. AFFECTIO MARITALIS. INEXISTÊNCIA. AQUISIÇÃO PATRIMONIAL. BEM PARTICULAR. INCOMUNICABILIDADE. CAUSA PRÉ-EXISTENTE. CASAMENTO POSTERIOR. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DIVÓRCIO. IMÓVEL. PARTILHA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 1.661 E 1.659 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INCIDÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nº 2 e 3/STJ). 2. Nos termos dos artigos 1.661 e 1.659 do Código Civil de 2002, não se comunicam, na partilha decorrente de divórcio, os bens obtidos com valores aferidos exclusivamente a partir de patrimônio pertencente a um dos ex-cônjuges durante o namoro 3. Na hipótese, ausente a *affectio maritalis,* o objeto da partilha é incomunicável, sob pena de enriquecimento sem causa de outrem. 4. Eventual pagamento de financiamento remanescente, assumido pela compradora, não repercute em posterior partilha por ocasião do divórcio, porquanto montante estranho à comunhão de bens. 5. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.841.128/MG,* relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 9/12/2021.)

- *Indenizações personalíssimas.*

Na dissolução de uma sociedade conjugal, a partilha de bens refere-se ao patrimônio comum formado pelo casal, não se computando indenizações percebidas a título personalíssimo, como, por exemplo, a do seguro derivado de acidente do trabalho. A indenização, nesse caso, deve ser paga àquele que sofreu o dano e carrega consigo as consequências do sinistro. Não se trata de acréscimo patrimonial obtido com o esforço comum a ser dividido na hipótese de dissolução da sociedade conjugal.

Entendimento diverso provocaria um comprometimento da subsistência do segurado, com a diminuição da renda destinada ao seu sustento após a invalidez, e, ao mesmo tempo, ensejaria o enriquecimento indevido do ex-cônjuge, porquanto seria um bem conseguido por esse à custa do sofrimento e do prejuízo pessoal daquele. O mesmo pode ser dito em relação à reparação por dano moral[508] obtida por um dos cônjuges na constância da sociedade conjugal.

A indenização por ato ilícito que vai comportar a divisão entre os cônjuges será a referente a lucros cessantes e desde que decorrentes de atos praticados na constância da sociedade conjugal, pois, nesse caso, o valor recebido nada mais expressa do que o resultado da frustração da vantagem razoavelmente esperada por ambos.

- *Os direitos patrimoniais do autor*

Por fim, de acordo com o artigo 39 da Lei nº 9.610/98, que regula os direitos autorais, os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário.

---

508 DIREITO CIVIL. AÇÃO DE PARTILHA. CASAMENTO CELEBRADO SOB O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. IMÓVEL ADQUIRIDO DURANTE A CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, MAS ESCRITURADO APÓS O DIVÓRCIO. COTAS SOCIAIS. ALUGUERES ADVINDOS DE PROPRIEDADE COMUM. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS A SER RECEBIDA PELO CÔNJUGE VARÃO EM AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL PENDENTE DE JULGAMENTO. 1. O imóvel adquirido na constância do casamento integra o acervo patrimonial a ser partilhado entre as partes, ainda que a escrituração no registro imobiliário tenha ocorrido após a dissolução da sociedade conjugal. 2. "A transmissão de cotas por efeito de dissolução conjugal não implica a transmissão do estado de sócio, mas repercute no direito do ex-cônjuge em usufruir dos direitos, tendo em conta o fato da partilha das cotas importar no estabelecimento de uma "sub-sociedade" entre os antigos cônjuges" (20070710239303APC, Relator J. J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, julgado em 06/05/2009, DJ 25/05/2009, p. 71). 3. Na propriedade comum, quando o imóvel está sendo locado a terceiro, devem os alugueres, na qualidade de frutos civis produzidos pela coisa comum, ser repartidos entre os coproprietários. 4. **Os danos morais têm natureza personalíssima e compensatória, razão pela qual não faz a cônjuge virago jus a qualquer parcela de indenização a ser recebida a este título, em ação de reparação civil pendente de julgamento, pelo cônjuge varão**. 5. Recurso da parte autora conhecido e parcialmente provido; apelo do réu conhecido e não provido. Unânime. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *Acórdão 399224, 20070710108565APC*, Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior, Revisor: Carmelita Brasil, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 25/11/2009, publicado no DJE: 5/2/2010, p. 74). (grifo nosso)

### 7.4.2.2 Bens que se comunicam na comunhão parcial

De acordo com o artigo 1.660 do Código Civil, os bens, abaixo elencados, pertencem a ambos os cônjuges, não importa quem os adquiriu e em nome de quem foram registrados. São eles:

- *Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges.*

A aquisição de um bem a título oneroso na constância da sociedade conjugal regida pelo regime de comunhão parcial, salvo as hipóteses já estudadas, constantes nos artigos 1.659 e 1.661 do Código Civil, representa a ideia de esforço comum e de colaboração, por isso deve ser revertido no benefício dos cônjuges. Ainda que apenas um tenha contribuído economicamente para a aquisição do bem é de se presumir que o outro, indiretamente, também contribuiu. Trata-se de presunção absoluta e, portanto, mesmo que o cônjuge adquirente consiga provar que o outro não contribuiu economicamente para a aquisição do bem, haverá comunicação.[509]

- *Os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior*.

A aquisição de bens por fato eventual pode se dar naturalmente, sem o concurso de trabalho ou despesa anterior (aluvião, por exemplo), ou com a participação direta de um dos cônjuges com trabalho ou despesa anterior (loteria, jogo, *big brother* etc.). Em qualquer hipótese tais bens vão se comunicar.[510]

---

509 Nesse sentido: APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE DIVÓRCIO - ALIMENTOS DEVIDOS A FILHO MENOR DE IDADE - JULGAMENTO "ULTRA PETITA" - AUSÊNCIA - PEDIDO DE REDUÇÃO DO QUANTUM FIXADO EM PRIMEIRO GRAU - CABIMENTO - OBSERVÂNCIA AO BINÔMIO NECESSIDADE/ POSSIBILIDADE - MINORAÇÃO DEVIDA - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL - BENS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA - AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO - DIVISÃO IGUALITÁRIA - AUTOMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - PARTILHA DEVIDA - PRESTAÇÕES DE FINANCIAMENTO SUPORTADAS APÓS SEPARAÇÃO DE FATO - EXCLUSÃO - PRÁTICA DE ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO - NÃO CONFIGURAÇÃO - REFORMA PARCIAL.
(...) - No regime da comunhão parcial, os bens adquiridos na constância do matrimônio devem ser partilhados igualmente.
- Incontroversa a existência de bens móveis que guarneciam a residência do casal, na constância do casamento, cuja partilha não sofreu oposição da outra parte, impõe-se a sua divisão, consoante se apurar em liquidação de sentença.
- Presume-se que a aquisição de veículo automotor, na constância do casamento, tenha se realizado com o esforço comum dos cônjuges, sendo devida, quando objeto de financiamento bancário, a partilha do valor da entrada e de todas as prestações quitadas durante a convivência marital.
- A aplicação da pena de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, tal qual a litigância de má-fé, não prescinde do elemento subjetivo. Ausente demonstração de dolo, deve ser decotada. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0116.14.002502-8/001*, Relator(a): Des.(a) Luís Carlos Gambogi, 5ª Câmara Cível, julgamento em 02/07/2020, publicação da súmula em 24/07/2020)

510 COMUNHÃO PARCIAL DE BENS – Morte de um dos cônjuges. Financiamento quitado

- *Os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges.*

Tal regra é óbvia e desnecessária. Aliás, não se trata de uma regra de direito das famílias, mas de direito das obrigações ou de direito das sucessões. Trata-se de ato de vontade do doador ou do testador dispondo expressamente que o bem pertence ao casal. Assim, se determinado bem foi destinado ao casal por ato de liberalidade, por óbvio que vai pertencer a ambos e será dividido igualmente ou na proporção estabelecida no ato de liberalidade por ocasião da dissolução da sociedade conjugal, prevalecendo a vontade do testador ou do doador.[511]

- *As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.*

Presume-se que tais benfeitorias foram feitas com o esforço comum, por isso devem ser partilhadas. O mesmo entendimento deve ser aplicado em relação às

---

pelo seguro habitacional. Fato eventual. Estendendo-se a comunhão parcial, salvo disposição contratual em contrário, tanto os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges, como os que o foram por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior, pode-se, sem sombra de dúvida, incluir a parcela de financiamento quitado pelo seguro habitacional, com a morte de um dos cônjuges, como um desses bens adquiridos por forma eventual, a que se refere a lei civil no seu art. 271, II. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 78.975/2.* Relator: Des. Walter Veado, julgado em 27/03/1990).

511 SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA – CASAMENTO PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL – CASA EDIFICADA PELA MUNICIPALIDADE EM BENEFÍCIO DO CASAL – LOTE DE PROPRIEDADE PARTICULAR DE UM DOS CÔNJUGES – PARTILHA EM FORMA DE INDENIZAÇÃO – BENS MÓVEIS – AUSÊNCIA DE PROVA DE AQUISIÇÃO ANTERIOR AO CASAMENTO – PRESUNÇÃO DO ART. 1.662 DO NCC – 1. Os bens adquiridos a título oneroso durante o casamento, no regime da comunhão parcial, em regra, são comuns. A aquisição a título gratuito pelo casal também gera o condomínio forçado. 2. É bem comum a casa edificada pela municipalidade, em proveito do casal, no lote de propriedade exclusiva do varão. Neste caso, em decorrência da *vis atractiva soli,* deve ser apurado o valor da acessão, e o proprietário da res immobilis deve indenizar a virago com a metade da importância apurada. 3. Presumem-se adquiridos os bens móveis na constância do casamento se não houver prova de aquisição em data anterior ao mesmo. Ausente a prova, deve haver partilha dos mencionados bens. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *AC 1.0051.04.009518-7/001* – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Caetano Levi Lopes – DJMG 10.06.200506.10.2005).
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIVÓRCIO - PARTILHA DE BENS E DÍVIDAS - PARTILHA IGUALITÁRIA - COMUNHÃO PARCIAL - DOAÇÃO A FAVOR DE AMBOS OS CÔNJUGES - ARBITRAMENTO DE ALUGUEL - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA VENDA - AÇÃO PRÓPRIA. - Os bens adquiridos na constância da vida em comum devem ser alvo de partilha igualitária, pouco importando qual tenha sido a colaboração individual de cada parte, bastando que os bens tenham sido adquiridos a título oneroso na constância do casamento.
- Entram na comunhão os bens adquiridos por doação feita em favor de ambos os cônjuges, nos termos do art. 1.660, inciso III, do Código Civil.
- As dívidas assumidas na vigência do casamento também devem ser partilhadas em igual proporção entre os ex-cônjuges, porquanto se presume que foram feitas em benefício da entidade familiar, vertendo-se em proveito do casal e dos filhos.
- Até a partilha, os bens do casal permanecem em uso comum, o que torna descabido, em regra, o pleito de arbitramento de aluguel em favor do cônjuge que não se encontra na sua posse.
- Encerrada a partilha, a autorização judicial para a venda de bem deve ser pleiteada em ação de extinção de condomínio. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0024.11.010022-9/005,* Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, julgamento em 07/02/2013, publicação da súmula em 18/02/2013).

acessões[512], pois também são acréscimos oriundos do esforço comum na constância da sociedade conjugal. Assim, a edificação em terreno pertencente a um dos cônjuges deve ser creditada no patrimônio comum.

- *Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.*

Os aluguéis (frutos civis) de um bem já pertencente a um dos cônjuges quando da realização do casamento se comunicam, ou seja, o bem particular não se comunica, mas os frutos produzidos pelo bem particular na constância da sociedade conjugal comunicam-se. Outrossim, se a sociedade conjugal termina no curso de uma safra de café ainda não amadurecido, deverão ser partilhados os frutos por ocasião da colheita, pois pendentes ao tempo em que cessou a comunhão.

Nesse sentido, também são comunicáveis, os rendimentos provenientes da exploração dos direitos patrimoniais do autor, de acordo com o artigo 39 da Lei n. 9.610/1998. Ressalta-se que os direitos do autor só se comunicam se houver previsão em pacto antenupcial, pois, do contrário, são bens incomunicáveis. Os rendimentos da exploração desses direitos, no entanto, são considerados bens comunicáveis.

- *Os bens móveis quando não se provar que foram adquiridos antes do casamento.*

Por força do artigo 1.662 do Código Civil, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior. Trata-se de presunção que assenta a comunicação desses bens entre os cônjuges, mas tem natureza relativa, pois admite prova em contrário. Qualquer meio de prova pode ser utilizado para destruir a presunção de que os bens móveis foram adquiridos na constância da sociedade conjugal (nota fiscal, recibo, faturas etc.).[513]

---

512 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO CIVIL: FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PARTILHA - REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - BEM COMUM: SUB-ROGAÇÃO - VENDA - PREÇO - IMÓVEL: ACESSÕES E BENFEITORIAS: PARTILHA - USO EXCLUSIVO - TERCEIRO: RESSARCIMENTO: VIA PRÓPRIA - DÍVIDA: OBRIGAÇÃO: CUMPRIMENTO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. Sem prova de que o bem que se pretende partilhar foi adquirido em sub-rogação ao bem comum vendido, o cônjuge só tem direito à meação do preço da venda. 2. São partilháveis as acessões e benfeitorias onerosamente acrescidas a imóvel de propriedade exclusiva de um dos cônjuges. 3. Pretensão de ressarcimento pelo uso gratuito de imóvel por terceiro deve ser deduzida nas vias próprias, no âmbito do Direito Civil. 4. Partilham-se ao meio as dívidas contraídas na constância do casamento celebrado pelo regime da comunhão parcial de bens, pelo valor da obrigação pendente de cumprimento, não pelo montante original do débito, uma vez que já parcialmente quitado na constância do casamento. 5. Cumpre a quem imputa litigância de má-fé ao adversário indicar os atos que caracterizam o alegado ilícito processual. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0396.17.002295-0/001*, Relator(a): Des.(a) Oliveira Firmo, 7ª Câmara Cível, julgamento em 16/10/2018, publicação da súmula em 23/10/2018).

513 PARTILHA DE BENS – COMUNHÃO PARCIAL – CASAL SEPARADO JUDICIALMENTE – BENS MÓVEIS – PROVA DE AQUISIÇÃO EM PERÍODO ANTERIOR AO ATO NUPCIAL – INEXISTÊNCIA – PRESUNÇÃO LEGAL DE COMPRA NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO – PARTE AQUINHOADA COM A TOTALIDADE DE DETERMINADO BEM IMÓVEL – POSSIBILIDADE – No regime de comunhão parcial, quando não puder ser comprovado, por documento autêntico (fatura, duplicata, nota fiscal) que os bens móveis foram adquiridos em data anterior ao ato nupcial, vigora a presunção legal de que foram comprados durante o

- *FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço).*

O FGTS corresponde a créditos do trabalhador, que se acumulam mediante depósitos mensais em conta vinculada, decorrentes da execução do contrato de trabalho.

Há quem defenda que as verbas de FGTS constituem uma parcela da remuneração a que tem direito o empregado, caracterizando parte do salário que é devido ao trabalhador, que, por força de disposição legal, não é a ele entregue diretamente, mas, pelo contrário, deve ser depositada pelo empregador em conta vinculada a esse fim. Os valores relativos ao FGTS, portanto, nada mais seriam do que verbas salariais obrigatoriamente designadas à formação de uma poupança, em prol do trabalhador, que poderá vir a ser utilizada por este nas hipóteses previstas em lei.

Com esse entendimento, possível será a divisão, entre os cônjuges, dos valores depositados a título de FGTS, na constância da sociedade conjugal como, aliás, vem entendendo o STJ:

> PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. MEAÇÃO. FGTS. VERBA PARTILHÁVEL. JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA DESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA. 1. Segundo entendimento consolidado nesta Corte, indenizações de natureza trabalhista, quando adquiridas na constância do casamento, integram a meação, seja o regime de comunhão parcial ou universal de bens. 2. Reconhecido o direito à meação dos valores do FGTS auferidos durante a constância do casamento, ainda que não sacados imediatamente após a separação do casal. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento.[514]
>
> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE SOBREPARTILHA. CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO RECEBIDO POR EX-CÔNJUGE. PLEITO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO INDEFERIDO ADMINISTRATIVAMENTE E OBJETO DE AÇÃO JUDICIAL AJUIZADA DURANTE O MATRIMÔNIO, MAS QUE FOI OBJETO DE PAGAMENTO PELO INSS SOMENTE APÓS O DIVÓRCIO. COMUNHÃO E PARTILHA. POSSIBILIDADE. SEMELHANÇA COM AS INDENIZAÇÕES DE NATUREZA TRABALHISTA, COM VALORES ATRASADOS ORIGINADOS DE DIFERENÇAS SALARIAIS E VALORES DE FGTS. APOSENTADORIA PELA PREVIDÊNCIA PÚBLICA. PROVENTOS DO TRABALHO QUE SE REVERTEM AO ENTE FAMILIAR. PRESUNÇÃO DE COLABORAÇÃO, DE ESFORÇO COMUM DOS CÔNJUGES E COMUNICABILIDADE DOS VALORES RECEBIDOS COMO FRUTO DO TRABALHO DE AMBOS. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA E PREVIDÊNCIA SOCIAL. DESSEMELHANÇAS. 1- Ação ajuizada em 20/01/2014. Recurso especial interposto em 16/09/2016 e atribuído à Relatora em 03/02/2017. 2- O propósito recursal é definir se deverá ser objeto de partilha o crédito previdenciário recebido pelo cônjuge em razão de trânsito em julgado de sentença de procedência de ação

---

casamento, não tendo como excluí-los da partilha. O Juiz, ao julgar a partilha, deve buscar a igualdade e a comodidade do meeiro e dos herdeiros, evitando, quando possível, a comunhão, fonte de atritos constantes entre os condôminos. Assim, é correta a decisão que aquinhoa uma das partes com a totalidade de determinado bem imóvel, ainda que o mesmo tenha sido adquirido na constância do casamento. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 88.567/3* – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Garcia Leão – J. 20.05.199705.20.1997)

514 BRASIL. STJ. *AgInt no AREsp 331.533/SP*, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018.

> por ele ajuizada em face do INSS, por meio da qual lhe foi concedida aposentadoria por tempo de serviço. 3- As indenizações de natureza trabalhista, os valores atrasados originados de diferenças salariais e decorrente do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, quando referentes a direitos adquiridos na constância do vínculo conjugal e na vigência dele pleiteados, devem ser objeto de comunhão e partilha, ainda que a quantia tenha sido recebida apenas posteriormente à dissolução do vínculo. Precedentes. 4- A previdência privada fechada, por sua vez, é bem incomunicável e insuscetível de partilha por ocasião do divórcio, tendo em vista a sua natureza personalíssima, eis que instituída mediante planos de benefícios de natureza previdenciária apenas aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas aos quais os empregados estão atrelados, sem se confundir, contudo, com a relação laboral e o respectivo contrato de trabalho. Precedente. 5- (...) 6- Em se tratando de ente familiar e de regime matrimonial da comunhão parcial de bens, a colaboração, o esforço comum e, consequentemente, a comunicabilidade dos valores recebidos como fruto de trabalho deve ser presumida. 7- Recurso especial conhecido e provido, para reformar o acórdão recorrido e julgar procedente o pedido formulado na ação de sobrepartilha, invertendo-se a sucumbência fixada na sentença.[515]
>
> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PARTILHA DE BENS. DIVISÃO DO MONTANTE RELATIVO À CONTA VINCULADA AO FGTS. COMUNICABILIDADE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é o de que os proventos do trabalho recebidos, por um ou outro cônjuge, na vigência do casamento, compõem o patrimônio comum do casal, a ser partilhado na separação, tendo em vista a formação de sociedade de fato, configurada pelo esforço comum dos ex-conviventes. 2. Consoante a jurisprudência desta Corte, "deve ser reconhecido o direito à meação dos valores do FGTS auferidos durante a constância do casamento, ainda que o saque daqueles valores não seja realizado imediatamente à separação do casal" (REsp 1.399.199/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 9/3/2016, DJe 22/4/2016). 3. A fim de viabilizar a realização desse direito (divisão de valores relativos ao FGTS), nos casos em que ocorrer, a Caixa Econômica Federal (CEF) deverá ser comunicada para que providencie a reserva do montante referente à meação, para que num momento futuro, quando da realização de qualquer das hipóteses legais de saque, seja possível a retirada do numerário. Precedente. 4. Agravo interno desprovido.[516]

De fato, este tem sido o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, o que pode ser confirmado, inclusive, por meio de consulta à Ferramenta "Jurisprudência em Teses", cuja edição n. 113, sobre o tema dissolução da sociedade conjugal e da união estável, publicada em 31 de outubro de 2018, versou sobre a questão nas teses de números 3 e 4:

> 3) As verbas de natureza trabalhista nascidas e pleiteadas na constância da união estável ou do casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial ou universal

---

515 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1651292/RS*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 25/05/2020, grifo nosso.

516 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp 1931933/SP*, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2021, DJe 23/09/2021

de bens integram o patrimônio comum do casal e, portanto, devem ser objeto da partilha no momento da separação.[517]

4) Deve ser reconhecido o direito à meação dos valores depositados em conta vinculada ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS auferidos durante a constância da união estável ou do casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial ou universal de bens, ainda que não sejam sacados imediatamente após a separação do casal ou que tenham sido utilizados para aquisição de imóvel pelo casal durante a vigência da relação.[518]

Por outro lado, há quem defenda que o FGTS constitui saldo acumulado do trabalhador, de natureza indenizatória, o que o retiraria da partilha:

SEPARAÇÃO JUDICIAL - PARTILHA - CRÉDITOS TRABALHISTAS. FGTS. INDENIZAÇÃO DE SEGURO DE VIDA. 1- A partilha, em sede de separação judicial, inclui os créditos trabalhistas de um dos cônjuges que, em se tratando de verba acumulada, perde a natureza de rendimento do trabalho, prevista no art. 1659, VI do Código Civil, para manifestar a natureza de bem que sobreveio ao casal, na constância do casamento, nos termos do 'caput' do mesmo artigo. 2- Não integram a partilha de bens em separação judicial nem o saldo de FGTS, que tem natureza indenizatória, nem indenização de seguro de vida paga em razão da ocorrência do sinistro invalidez de um dos cônjuges. 3- Sendo beneficiária do seguro de vida do marido, a esposa somente recebe a indenização em caso de ocorrência do sinistro morte, sendo o próprio titular o beneficiário, em caso de ocorrência do sinistro invalidez.[519]

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE DIVÓRCIO - ALIMENTOS PARA EX-ESPOSA - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E NECESSIDADE - NÃO DEMONSTRADAS - PARTILHA - SALDO DE FGTS - NÃO CABIMENTO - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A obrigação de prestar alimentos é devida em atenção ao binômio necessidade/possibilidade, de modo que ausente a prova pela ex-esposa da alegada dependência econômica e da

---

517 Julgados: AgInt no REsp 1696458/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018; EDcl no AgRg no REsp 1568650/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 01/03/2018; AgRg no REsp 1313857/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 09/10/2017; REsp 1537739/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 26/09/2017; REsp 1543932/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 30/11/2016; AgInt no AREsp 604725/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 08/09/2016. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 430).

518 Julgados: AgInt no AREsp 331533/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018; AgInt no REsp 1575242/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 12/03/2018; AgInt no REsp 1647001/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 07/11/2017; REsp 1399199/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/03/2016, DJe 22/04/2016; AgRg no AREsp 525523/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 29/10/2014; AgRg no AREsp 111248/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 02/10/2014; REsp 1266527/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 29/04/2014. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 581)

519 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AGRAVO Nº 1.0024.06.208064-3/001 – Comarca De Belo Horizonte – Rel. Des. Maurício Barros. 6ª Câmara Cível, julgamento em 20/05/2008, publicação da súmula em 05/06/2008.

> necessidade de receber a pensão requerida, indefere-se o pedido. 2. Permanecendo os depósitos de FGTS indisponíveis na conta-vinculada do trabalhador, estes guardam natureza personalíssima, não sendo passíveis de partilha, mesmo que ocorra a separação do casal, casados sobre o regime de comunhão parcial de bens. [520]

De fato, o FGTS foi criado em 1966 e seu objetivo foi o de proteger o trabalhador do setor privado nos casos de dispensa sem justa causa, visto que a legislação trabalhista de 1940 garantia estabilidade aos empregados que prestassem serviço por mais de 10 anos consecutivos para o mesmo empregador.[521] Portanto, o FGTS, em sua origem, tem natureza indenizatória, pois permite a indenização do empregado pela despedida injustificada, proporcionalmente ao seu tempo de serviço e ao salário. Por isso, deveria ser entendido como incomunicável, embora, como já afirmado, não tem sido esse o entendimento mais recente nos casos submetidos à apreciação do STJ.

### 7.4.2.3 Administração dos bens no regime de comunhão parcial

A administração dos bens comuns, diante da igualdade estabelecida pela Constituição de 1988 (art. 226, §5º), compete a qualquer dos cônjuges, ou a ambos (art. 1.663 do CC/02). As dívidas comuns, contraídas no exercício da administração, obrigam os bens comuns e os particulares do administrador. Os bens particulares do outro cônjuge serão alcançados, apenas, na medida do proveito que houver auferido. Parte-se do princípio de que a administração dos bens comuns será exercida no interesse da família, no entanto, em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges. Para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns, indispensável é a anuência de ambos os cônjuges.

Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas por qualquer dos cônjuges para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal. Trata-se de presunção *juris tantum* de que a dívida contraída por um dos cônjuges, na constância da sociedade conjugal, o foi em benefício da família. Por isso, cabe àquele (a) que não praticou o ato que deu ensejo à dívida provar que a família não foi beneficiada.

Quanto aos bens particulares de cada cônjuge, a administração e a disposição competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial. No entanto, no regime de comunhão parcial de bens, os bens imóveis, até mesmo

---

520 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. TJMG - Apelação Cível 1.0433.14.024016-2/001, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, 2ª Câmara Cível, julgamento em 31/01/2017, publicação da súmula em 10/02/2017.

521 A legislação de 1940 estabelecia que os trabalhadores demitidos com menos de 10 anos recebiam uma indenização equivalente a um mês de salário para cada ano trabalhado. Já as demissões de trabalhadores com mais de 10 anos de trabalho só podiam ocorrer em caso de falta grave, situação em que não havia qualquer compensação financeira, ou em demissões por outras razões. Nesse caso, o empregador pagava uma indenização correspondente a 2 meses de salário por ano trabalhado, desde que o trabalhador concordasse com a rescisão do contrato de trabalho.

os particulares, dependem de vênia conjugal para a sua disposição pelo cônjuge proprietário (art. 1.647 do CC/02).

Corolário lógico da independência que existe na administração dos bens particulares é que as dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração e em benefício desses bens, não obrigam os bens comuns.

### 7.4.2.4 Exemplo prático de aplicação das regras do regime de comunhão parcial de bens

Questão: João e Maria casaram-se há cinco anos pelo regime de comunhão parcial de bens. O marido adquiriu com o fruto dos últimos cinco anos de seu trabalho um apartamento na capital de Minas Gerais no valor de R$ 800.000,00. Há dois anos, João herdou do seu pai uma casa em Itueta/MG no valor de R$ 400.00,00 e uma outra em Colatina/ES no valor de R$ 600.00,00. Essas duas últimas propriedades renderam um total de 100 mil reais em aluguéis no último ano, que foram utilizados na aquisição de um veículo importado. No ano passado Maria ganhou de seu tio uma casa em Porto Velho/RO, vendendo-a para adquirir outra em Itabira/MG. No mês passado, João jogou na Mega Sena e ganhou R$ 900.000,00. Na dissolução da sociedade conjugal como os bens serão partilhados?

Resposta: O apartamento na capital de Minas Gerais pertence ao casal, pois o regime da comunhão parcial de bens impõe a comunicação de tais bens adquiridos onerosamente (art. 1.660, I, do CC/02). A casa de Itueta/MG e a casa de Colatina/ES pertencem exclusivamente ao marido, pois são bens herdados que não entram na comunhão parcial (art. 1.659, I, do CC/02). O veículo importado pertence a ambos, pois o fruto dos bens particulares pertence a ambos também (art. 1660, V, do CC/02). A casa em Porto Velho/RO pertencia exclusivamente a Maria, por isso a casa de Itabira/MG é de propriedade exclusiva da Maria, pois as doações não se comunicam, nem tampouco os bens sub-rogados (art. 1.659, I, do CC/02). O prêmio da Mega Sena pertence a ambos, pois os valores decorrentes de "fato eventual" são comunicáveis (art. 1660, II, do CC/02).

**Bens particulares do João:** A casa de Itueta/MG (R$ 400.000,00) + casa em Colatina/ES (R$ 600.000,00) = **R$ 1.000.000,00**

**Bens particulares da Maria:** Casa de Itabira/MG (R$ 200.000,00) = **R$ 200.000,00**

**Bens comuns (metade para cada cônjuge):** O apartamento na capital de Minas Gerais (R$ 800.000,00) + veículo importado (R$ 100.000,00) + prêmio da Mega Sena (R$ 900.000,00) = **R$ 1.800.000,00**

**Resultado após a partilha:**

João: Bens particulares (R$ 1.000.000,00) + metade dos bens comuns (R$ 900.000,00) = R$ 1.900.000,00

Maria: Bens particulares (R$ 200.000,00) + metade dos bens comuns (R$ 900.000,00) = R$ 1.100.000,00

### 7.4.3 Regime de comunhão universal de bens

No regime da comunhão universal, em princípio, comunicam-se todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, constituindo uma só massa patrimonial, de acordo com o artigo 1.667 do Código Civil.

Há bens, no entanto, que não se comunicam no regime de comunhão universal, conforme previsão do artigo 1.668 do Código Civil, comentado a seguir.

#### 7.4.3.1 Bens que não se comunicam na comunhão universal

*Os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar.*

No fideicomisso há dois beneficiários da herança ou do legado, dois proprietários sucessivos: primeiro o fiduciário, que está obrigado a conservar o bem para, depois, transmiti-lo ao fideicomissário, o segundo beneficiário.

Os bens gravados de fideicomisso não se comunicam com o cônjuge do fiduciário, mesmo casado no regime de comunhão universal de bens, porque têm de ser transmitidos ao fideicomissário. Por outro lado, o direito do fideicomissário, igualmente, não se comunica mesmo casado no regime de comunhão universal de bens, porque, enquanto não se realiza a condição de que depende, é, simplesmente, eventual, ainda não foi deferido.

Claro que, realizada a condição suspensiva, ou vencido o prazo estabelecido, o bem integrará o patrimônio do fideicomissário e, consequentemente, vai se comunicar. Também, na hipótese de o fideicomissário renunciar ou morrer antes do fiduciário, a propriedade vai se consolidar nas mãos deste último e, por isso, sendo o regime de bens do seu casamento o da comunhão universal, o bem vai se comunicar com o outro cônjuge.

*As dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum.*

A responsabilidade é pessoal. A comunicação das dívidas assumidas por apenas um dos cônjuges só deve ocorrer quando tenham sido realizadas por necessidades ou objetivos ligados ao casamento ou, ainda, reverterem em proveito comum.

*As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade.*

Evidentemente, no regime de comunhão universal de bens, só faz sentido doação entre os cônjuges se vier acompanhada da cláusula de incomunicabilidade, pois, do contrário, ineficaz seria a doação já que o bem continuaria a pertencer a ambos.

*Os bens referidos nos incisos V a VII do artigo 1.659.*

Conforme já alertado, o que não se comunica é o direito à percepção dos proventos, das pensões, meios-soldos e montepios. Os bens adquiridos com tais rendas, na constância da sociedade conjugal, comunicam-se.

> RECURSO ESPECIAL - DIREITO DE FAMÍLIA - COMUNHÃO UNIVERSAL – FRUTOS CIVIS - VERBAS RECEBIDAS A TÍTULO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - DIREITO QUE NASCEU E FOI PLEITEADO PELO VARÃO DURANTE O CASAMENTO - INCLUSÃO NA PARTILHA DE BENS - RECURSO NÃO CONHECIDO.
> 1. No regime da comunhão universal de bens, as verbas percebidas a título de benefício previdenciário resultantes de um direito que nasceu e foi pleiteado durante a constância do casamento devem entrar na partilha, ainda que recebidas após a ruptura da vida conjugal.
> 2. Recurso especial não conhecido.[522]
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. FGTS. COMUNICABILIDADE.
> 1. Os valores depositados a título de FGTS configuram frutos civis do trabalho, suscetíveis, portanto, de partilha em regime de comunhão universal de bens.
> 2. Agravo interno no recurso especial não provido.[523]

Na comunhão universal também não se comunicam as verbas de natureza indenizatória, dado o seu caráter pessoal.

> CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. PARTILHA. VERBA INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. DESCABIMENTO. CARÁTER PERSONALÍSSIMO. DESPROVIMENTO.
> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está sedimentada no sentido de que nos regimes de comunhão parcial ou universal de bens comunicam-se as verbas trabalhistas a que se tem direito na constância da sociedade conjugal, devendo ser partilhadas quando da separação. 2. Não se enquadram na referida linha de entendimento, no entanto, as verbas indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho, eis que de caráter personalíssimo e natureza diversa, voltando-se à reparação pela dor e/ou sequelas advindas do evento traumático sofrido unicamente pela vítima. Precedentes. 3. Recurso especial a que se nega provimento.[524]

Apesar de o Código Civil de 2002 não ter mencionado a incomunicabilidade das obrigações provenientes de atos ilícitos no regime de comunhão universal de bens, como fazia o Código Civil de 1916 em seu artigo 263, VI, é de se considerar que o ato ilícito não se comunica, pois é de natureza pessoal. A culpa é individual e, por isso, aquele cônjuge que não praticou o ato ilícito não deve ser responsabilizado. A

---

522 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 918173/RS* – Relator Ministro MASSAMI UYEDA - Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 10/06/2008. Data da Publicação/Fonte DJe 23/06/2008.

523 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp 1647001/PR*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 07/11/2017.

524 BRASIL. STJ. *REsp 1543932/RS*, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 30/11/2016.

responsabilização só será possível se for provado que a obrigação proveniente do ato ilícito foi revertida em proveito do casal, tal qual ocorre no regime de comunhão parcial de bens.

Também como ocorre no regime de comunhão parcial de bens, a incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1.668 (bens particulares) não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento (art. 1.669 do CC/02).

### 7.4.3.2 Administração dos bens no regime de comunhão universal

De acordo com artigo 1.670 do Código Civil, aplicam-se ao regime da comunhão universal as mesmas regras do regime de comunhão parcial de bens quanto à administração patrimonial. Tais regras estão dispostas nos artigos 1.663 a 1.666 do Código Civil e já foram aqui apreciadas no estudo do regime de comunhão parcial de bens.

### 7.4.3.3 Exemplo prático de aplicação das regras do regime de comunhão universal de bens

Questão: João e Maria casaram-se há cinco anos pelo regime de comunhão universal de bens. A mulher adquiriu com o fruto dos últimos cinco anos de seu trabalho um apartamento na capital de Minas Gerais no valor de R$ 800.000,00. Há dois anos Maria herdou do seu pai uma casa com cláusula de inalienabilidade, em Itueta/MG no valor de R$ 400.000,00 e uma outra, sem qualquer cláusula restritiva de direitos, em Colatina/ES no valor de R$ 600.000,00. Essas duas últimas propriedades renderam um total de 100 mil reais em aluguéis no último ano, que foram utilizados na aquisição de um veículo importado. No ano passado João ganhou de seu tio, com cláusula de incomunicabilidade, uma casa em Porto Velho/RO, vendendo-a para adquirir outra em Itabira/MG no valor de R$ 200.000,00. No mês passado, Maria jogou na Mega Sena e ganhou R$ 900.000,00. Na dissolução da sociedade conjugal como os bens serão partilhados?

Resposta: O apartamento na capital de Minas Gerais pertence ao casal, pois o regime da comunhão universal de bens impõe a comunicação de tais bens adquiridos onerosamente (art. 1.667 do CC/02). A casa de Itueta/MG pertence apenas a Maria, pois, de acordo com o art. 1.911 do CC/02, a cláusula de inalienabilidade implica a incomunicabilidade, aplicando-se o art. 1.668, I, do CC/02. Já a casa de Colatina/ES pertence a ambos, pois os bens herdados sem cláusula de incomunicabilidade ou inalienabilidade no regime de comunhão universal comunicam-se (art. 1.667 do CC/02). O veículo importado pertence a ambos, pois o fruto dos bens, mesmo que particulares, pertence a ambos (art. 1.669 do CC/02). A casa em Porto Velho/RO pertencia exclusivamente a João, pois foi gravada com a cláusula de incomunicabilidade, por isso a casa de Itabira/MG é de propriedade exclusiva de

João (art. 1.668, I, do CC/02). O prêmio da Mega Sena pertence a ambos, pois os valores decorrentes de "fato eventual" são comunicáveis (art. 1.667 do CC/02).

**Bens particulares da Maria:** A casa de Itueta/MG (R$ 400.000,00) = **R$ 400.000,00**

**Bens particulares do João:** Casa de Itabira/MG (R$ 200.000,00) = **R$ 200.000,00**

**Bens comuns (metade para cada cônjuge):** O apartamento na capital de Minas Gerais (R$ 800.000,00) + casa em Colatina/ES (R$ 600.000,00) + veículo importado (R$ 100.000,00) + prêmio da Mega Sena (R$ 900.000,00) = **R$ 2.400.000,00**

**Resultado após a partilha:**

Maria: bens particulares (R$ 400.000,00) + metade dos bens comuns (R$ 1.200,00,00) = **R$ 1.600.000,00**

João: bens particulares (R$ 200.000,00) + metade dos bens comuns (R$ 1.200,00,00) = **R$ 1.400.000,00**

## 7.4.4 Regime de participação final de aquestos

Aquestos são os bens adquiridos pelos cônjuges na constância do casamento que, para efeito de regime de bens, devem ter sido adquiridos a título oneroso, ou seja, estão excluídos dos aquestos os bens recebidos pelos cônjuges na constância da sociedade conjugal por ato de liberalidade (herança ou doação). Assim, pode-se concluir que o regime de comunhão parcial de bens é, também, um regime de aquestos, podendo, inclusive, ser denominado de regime de comunhão de aquestos que não se confunde com o regime de participação final nos aquestos.

Não há consenso na doutrina sobre a origem do regime de participação final nos aquestos conforme alertam Débora Brandão,[525] Paulo Lôbo[526] e Zeno Veloso.[527] A divergência gira em torno do direito húngaro, com a Lei do Casamento Civil de 1824, e o direito costa-riquenho com o Código Civil de Costa Rica que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1888. Apesar da dúvida quanto à sua origem, pode-se afirmar que o regime de participação final nos aquestos, com pequenas diferenças em seu conteúdo, foi incorporado por vários países: Suécia, Finlândia, Dinamarca, Noruega, Uruguai, Chile, Alemanha, França, Espanha, entre outros. No Brasil, o seu surgimento se deu com o Código Civil de 2002 juntamente com a supressão do regime dotal. Diferentemente dos países que o adotaram como regime legal supletivo (Suécia desde 1920 e Alemanha desde 1957, por exemplo), no Brasil, como na maioria dos países, o regime de participação final nos aquestos deve ser escolhido pelos nubentes por meio de pacto antenupcial, ou seja, trata-se de um regime de bens convencional.

---

525 BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2007.p. 229.

526 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

527 VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 206.

O regime de participação final nos aquestos tem por objetivo incorporar o que há de melhor no regime de separação de bens com o que há de melhor no regime de comunhão parcial de bens. Resumidamente, busca-se conciliar a liberdade, típica do regime de separação de bens, com a associação nos lucros obtidos na constância do casamento, característica marcante do regime de comunhão parcial de bens. João Baptista Villela assim resume a inspiração econômica de tal regime:

> [...] a participação final nos aquestos pretende ser a síntese conciliativa de dois valores antagônicos na organização patrimonial do casamento. De um lado, quer incorporar os ideais do regime da comunhão, que, além de expressar a unidade de vidas do casal, assegura aos cônjuges mútua proteção econômica. De outro lado, não deseja abrir mão da maior autonomia conjugal e das comodidades que conferem os regimes separatórios. Por isso, ao mesmo tempo em que define uma participação de cada cônjuge nos incrementos patrimoniais do outro, evita – ao menos em sua forma pura – a constituição de qualquer massa de bens comuns.[528]

Desde que foi introduzido no Brasil o regime de participação final nos aquestos, por meio do Código Civil de 2002, a doutrina, de maneira uníssona, tem chamado a atenção para as dificuldades de sua implantação. Sílvio Venosa destaca a complexidade desse regime e a possibilidade de fraude:

> É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa, disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, à grande maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura. Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime ficará sujeito a vicissitudes e abrirá campo vasto ao cônjuge de má-fé.[529]

Maria Berenice Dias alerta para a dificuldade de execução de suas regras:

> O regime da participação final nos aquestos é um regime misto, híbrido, com exaustivo regramento (CC 1.672 a 1.686). Traz normas de difícil entendimento. Sua execução é complicada, sendo necessária a mantença de uma minuciosa contabilidade, mesmo durante o casamento, para viabilizar a divisão do patrimônio na eventualidade de sua dissolução. Em determinados casos, há a necessidade de realização de perícia para a identificação dos aquestos partilháveis e respectivas avaliações. Como se destina a casais que possuam patrimônio próprio e ambos desempenham atividades econômicas, é regime pouco procurado.[530]

Já Caio Mário da Silva Pereira aponta como empecilho para a adoção desse regime, no Brasil, o fantasma da inflação:

528 VILLELA, João Baptista. *Natureza do regime de participação final nos aquestos e fins do casamento*. 2008. Disponível em: http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/Joaobatista.pdf. Acesso em: 25 fev. 2009.

529 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* direito de família. 7. ed. São Paulo: 2007, v. 6, p. 324.

530 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 692.

> Consideramos que o legislador, ao buscar subsídios na Doutrina Estrangeira, quis trazer para o nosso Direito experiência internacional não coerente com a estrutura econômica de nosso país, onde, por mais otimistas que sejam os discursos oficiais, vivemos o fantasma da inflação, a qual será sempre o vilão das partilhas de bens neste novo regime matrimonial.[531]

Portanto, são vários os argumentos levantados pela doutrina contra o regime de participação final nos aquestos regulado pelo Código Civil de 2002. Contudo, cabe alertar que a essência desse regime, por si só, não é incompatível com a cultura brasileira. Seria um contrassenso imaginar que esse regime é adotado em vários países de diferentes culturas e bases econômicas – sendo que em alguns deles é, inclusive, o regime legal – e que, no Brasil, suas regras não pudessem ser aplicadas. Conforme será demonstrado a seguir, a falta de utilização do regime de participação final nos aquestos pelos brasileiros se deve muito mais aos equívocos cometidos pelo legislador, ao inseri-lo no ordenamento jurídico, que acabaram descaracterizando-o, deixando-o sem atrativos em relação aos demais regimes.

#### 7.4.4.1 Diferenças existentes entre o regime de participação final nos aquestos, o regime de comunhão parcial de bens e o regime de separação de bens

No regime de comunhão parcial, os bens adquiridos na constância do casamento comunicam-se no ato da aquisição, formando um patrimônio comum cuja administração pode ser comum ou de qualquer dos cônjuges; já no regime de participação final nos aquestos não são os bens que se comunicam, mas os eventuais ganhos. De acordo com Zeno Veloso,[532] "[...] o que ocorre é um crédito em favor de um dos cônjuges, contra o outro, para igualar os acréscimos, os ganhos obtidos durante o casamento." Na constância da sociedade conjugal o que existe de fato é um direito eventual ao acréscimo patrimonial obtido a título oneroso pelo outro cônjuge, e não direito atual à titularidade dos bens obtidos. Pode-se afirmar que, na constância da sociedade conjugal, no regime de participação final nos aquestos, não há patrimônio comum e sim uma expectativa de direito à meação que só será apurada na dissolução da sociedade conjugal.

De acordo com Sílvio Rodrigues,

> [...] a participação se faz sobre os incrementos patrimoniais, mas de forma contábil (apuração de valores), não por intermédio de comunhão ou condomínio; vale dizer, após a compensação de bens, aquele cônjuge em desvantagem passa a ter um crédito consistente na diferença apurada, e não uma parcela sobre o bem indivisível. Assim, o direito de um não é sobre o acervo do outro, adquirido durante o casamento. Limita-

531 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 236.

532 VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 205.

se o direito à participação final sobre o valor de eventual saldo, após a compensação dos acréscimos de ambos os cônjuges, pelos critérios estabelecidos.[533]

Durante toda a sociedade conjugal, cada cônjuge mantém a titularidade exclusiva dos bens que possuía e dos adquiridos na constância do casamento. Há, portanto, dois patrimônios distintos: um pertencente a cada um dos componentes da relação. Somente na dissolução da sociedade conjugal é que será feito o balanço patrimonial de cada um dos cônjuges. Verificar-se-á o acréscimo patrimonial obtido por cada um dos cônjuges e aquele, que porventura tiver obtido mais vantagens, deverá compensar o outro. A participação só ocorre no final e se refere aos lucros, não aos bens. De acordo com Paulo Lôbo,[534] "enquanto não houver a dissolução do casamento não se cogita de comunhão de bens, ainda que parcial. Há uma expectativa de direito, que será constituído no momento em que a sociedade conjugal chegar ao fim."

Como mencionado anteriormente, esse regime é uma mistura da separação de bens e da comunhão parcial, pois na constância da sociedade conjugal, cada cônjuge administra o seu patrimônio próprio, tal qual ocorre no regime de separação de bens, e, na dissolução da sociedade conjugal, aplicam-se regras parecidas com as da comunhão parcial de bens. Patrimônio próprio é qualquer bem adquirido pelo cônjuge na constância do casamento (independentemente da origem, se a título oneroso ou gratuito) e também os bens anteriores à união (art. 1.673 do CC/02). Já o patrimônio particular é aquele formado somente pelos bens que não serão computados para a verificação dos aquestos na dissolução da sociedade conjugal, ou seja, os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; as dívidas relativas a esses bens (art. 1.674 do CC/02). Pode-se afirmar, portanto, que todo patrimônio particular é, também, patrimônio próprio, mas, nem todo patrimônio próprio é patrimônio particular. Assim, considerando uma casa que um dos cônjuges já possuísse antes do casamento e um apartamento adquirido na constância do casamento a título oneroso, pode-se concluir que os dois bens formam o patrimônio próprio desse cônjuge, mas apenas a casa é considerada bem particular, já que não será considerada no cálculo dos aquestos. A identificação do patrimônio particular é de suma importância, pois, conforme o artigo 1.656 do Código Civil, no pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, pode-se convencionar a livre disposição dos bens imóveis, *desde que particulares*.

Com inspiração no regime de separação de bens, estabelece o parágrafo único do artigo 1.673 do Código Civil que a administração dos bens que integram o patrimônio próprio é exclusiva de cada cônjuge. Assim, cada cônjuge administrará os bens que já possuía ao se casar e os que, a qualquer título (gratuito ou oneroso), veio a adquirir na constância da sociedade conjugal. Igualmente, a alienação dos bens móveis é permitida livremente.

---

533 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 219.

534 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

Até o Código Civil de 2002, em todos os regimes de bens, para um cônjuge alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, indispensável era a vênia conjugal. A partir do Código Civil de 2002, de acordo com o artigo 1.647, no regime de separação absoluta de bens, somente nesse regime, os cônjuges, automaticamente, passaram a ter liberdade total para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; prestar fiança ou aval; e fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Entretanto, tendo em vista a semelhança existente entre o regime de participação final nos aquestos, na constância do casamento, com o regime de separação de bens, resta saber se, assim como ocorre neste último (art. 1.647 do CC/02), é possível um cônjuge alienar bens imóveis sem a autorização do outro. A resposta correta é: depende. Eis, então, uma diferença marcante entre os dois regimes, já que, enquanto no regime de separação absoluta de bens para que um cônjuge possa alienar ou gravar de ônus real bens imóveis sem a autorização do outro, basta adotar o regime; no regime de participação final nos aquestos não é isso que acontece. Deve-se, além de adotar o regime, especificar no pacto antenupcial a possibilidade de um cônjuge alienar bem imóvel sem a autorização do outro. Além disso, somente será possível alienar bem imóvel particular (art. 1.656 do CC/02). Evidentemente, se o objetivo principal dos cônjuges é ter liberdade plena de disposição patrimonial na constância do casamento, sem a necessidade de qualquer vênia conjugal, o mais indicado é a adoção do regime de separação absoluta de bens, pois no regime de participação final nos aquestos a liberdade de disposição de bens imóveis é relativa. Descaracterizada ficou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma das bases teóricas desse regime, ou seja, a liberdade de disposição patrimonial na constância da sociedade conjugal.

### 7.4.4.2 Regras próprias do regime de participação final nos aquestos

Com a dissolução da sociedade conjugal em razão da morte, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial ou divórcio (art. 1.571 do CC/02), o montante dos aquestos será apurado excluindo-se da soma dos patrimônios próprios os patrimônios particulares de cada cônjuge, ou seja, os bens anteriores ao casamento e os sub-rogados em seu lugar; os obtidos por cada cônjuge por herança, legado ou por doação; e as dívidas relativas a esses bens.

Assim como ocorre no regime de comunhão parcial de bens (art. 1.662 do CC/02), os bens móveis, salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento. Qualquer meio de prova pode ser utilizado para destruir a presunção de que os bens móveis foram adquiridos na constância da sociedade conjugal (nota fiscal, recibo, faturas, em nome de um dos cônjuges). Por isso, no cálculo do valor do acervo partilhável na dissolução da sociedade conjugal, deve ser incluído o valor dos bens móveis, salvo prova de que foram adquiridos antes do casamento ou, ainda, por sucessão ou doação.

O artigo 1.675 do Código Civil busca coibir possíveis fraudes ao conferir a possibilidade de um cônjuge reivindicar o valor das doações feitas pelo outro sem

a devida autorização. Nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução. Ora, como admitir que aquele que não é proprietário do bem utilize ação reivindicatória? O domínio do autor não é pressuposto necessário para o ajuizamento da referida ação? A ação reivindicatória é ação real, que visa à restituição da coisa (posse), com fundamento na propriedade e no direito de sequela inerente a ela. Cabe ressaltar que no regime de participação final nos aquestos não há formação de patrimônio comum, os cônjuges não se tornam coproprietários dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal a título oneroso. Nem mesmo na dissolução da sociedade conjugal há que se falar em propriedade comum, pois a participação ocorre no valor equivalente ao acréscimo patrimonial e não nos bens em si. Participação nos aquestos não pode ser confundida com comunhão. Percebe-se que, com o objetivo de evitar fraudes, o legislador acaba descaracterizando a essência do regime de participação final nos aquestos, ou seja, estabelecendo um direito à comunhão que não existe. Por isso, a inclusão do valor do bem desviado no monte partilhável é a medida que melhor respeita as características do regime de participação final nos aquestos e, somente diante da impossibilidade de compensação do valor, deve-se admitir a anulação da doação.

Estabelece o legislador (art. 1.676 do CC/02) que se incorpora ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de reivindicá-los. Percebe-se que a apuração do montante dos aquestos não é uma tarefa fácil, pois se deve considerar não só os bens existentes na data da dissolução da sociedade conjugal, como também os bens adquiridos na constância do relacionamento e que tenham sido alienados sem sub-rogação. Portanto, para a verificação dos aquestos devem ser somados aos bens existentes adquiridos a título oneroso na constância da sociedade conjugal os bens doados entre vivos, a menos que o outro cônjuge haja consentido na doação, assim como os bens alienados fraudulentamente. O cônjuge pode exigir a compensação por alienação feita pelo outro cônjuge que tenha trazido prejuízo à meação. Trata-se de regra para evitar o enriquecimento sem causa. Entretanto, com a possibilidade de o cônjuge prejudicado reivindicar o bem, mais uma vez há contaminação da essência do regime de participação final nos aquestos, pois, se nesse regime não há comunhão de bens, no lugar de autorizar que o cônjuge prejudicado ou seus herdeiros reivindiquem os bens alienados, muito mais simples seria, primeiramente, incorporar ao monte o valor de tais bens para a devida compensação e, somente diante dessa impossibilidade, autorizar a anulação do negócio, sempre respeitando o terceiro de boa-fé.

A nulidade relativa do negócio jurídico praticado sem a necessária vênia conjugal deve ser invocada até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal (art. 1.649 do CC/02).

Considerando que, no regime de participação final nos aquestos, na constância da sociedade conjugal, cada cônjuge possui patrimônio próprio e o administra sem a interferência do outro, corolário lógico é considerar que as dívidas são de responsabilidade exclusiva do cônjuge que as contraiu. Por isso, pelas

dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro (art. 1.677 do CC/02).

Tendo um cônjuge pagado dívidas do outro com seu patrimônio, este valor despendido deverá ser atualizado e ressarcido no momento da dissolução da sociedade conjugal. É, sem dúvida, uma medida necessária para se evitar o enriquecimento sem causa, pois um cônjuge sem estar obrigado, solveu dívida do outro e, por isso, tem direito à compensação (art. 1.678 do CC/02).

Se algum bem for adquirido com a participação efetiva de ambos os cônjuges, será, com fulcro no princípio da proibição do enriquecimento sem causa, considerado de propriedade dos dois, em condomínio (art. 1.679 do CC/02). Não se trata de aplicação das regras da comunhão de bens (direito das famílias), mas das regras que vedam o enriquecimento sem causa (direito das obrigações). Os bens adquiridos pelo esforço comum, pelo trabalho conjunto, serão computados igualmente ao patrimônio dos cônjuges. Entretanto, a presunção de que a quota de cada cônjuge seja igual é relativa, podendo o cônjuge que efetivamente contribuiu mais para a aquisição do bem provar o contrário.

Os bens móveis, à exceção daqueles de uso pessoal de um cônjuge e, também, dos adquiridos antes do casamento ou por sucessão ou doação, presumem-se de propriedade do cônjuge devedor (art. 1.680 do CC/02). Tal regra visa à proteção de terceiros que, porventura, tenham de fazer valer algum direito em face de um dos cônjuges. Assim, perante os credores, os bens móveis serão presumidos do cônjuge devedor, respondendo por suas dívidas, salvo se o outro cônjuge provar, por meio de embargos de terceiro, que são do seu uso pessoal ou foram adquiridos antes do casamento ou, ainda, adquiridos por sucessão ou doação.

Os bens imóveis são considerados de propriedade do cônjuge que conste do registro, cabendo a este a prova da sua aquisição, caso haja impugnação à sua titularidade (art. 1.681 do CC/02). Tal dispositivo, inicialmente, reforça a presunção *juris tantum* de domínio constante no registro imobiliário, ou seja, os bens imóveis são de propriedade daquele, cujo nome constar no registro e, enquanto não for cancelado, produz todos os efeitos legais. Contudo, pode acontecer de o bem imóvel ter sido registrado em nome do cônjuge que não o adquiriu. Em qualquer outro regime de bens, se o credor de um dos cônjuges alegasse tal fato, caberia a ele, credor, o ônus da prova. De maneira injustificada, contrariando toda a lógica processual, no regime de participação final nos aquestos ocorre a inversão do ônus da prova, ou seja, cabe ao cônjuge, em cujo nome se fez o registro, provar que é o verdadeiro proprietário, provar a aquisição regular do bem. Trata-se de mais uma regra injustificada que dificulta ainda mais a adoção do regime de participação final nos aquestos.

Tendo em vista que a partilha dos aquestos só ocorre na dissolução da sociedade conjugal e que os bens adquiridos durante a união são de propriedade do cônjuge que os adquiriu, o direito à meação não pode ser renunciado, cedido ou penhorado na constância do casamento, justamente por se tratar de mera expectativa de direito (art. 1.682 do CC/02). Contudo, na dissolução da sociedade conjugal nada impede que um cônjuge renuncie o direito à meação. Além disso,

após a dissolução da sociedade conjugal e feita a partilha, a quota recebida por cada cônjuge poderá ser objeto de cessão e penhora, pois já integrante do seu patrimônio exclusivo.

Defende-se que a separação de fato que, efetivamente rompe com a *affectio maritalis*, seja mais uma causa de dissolução da sociedade conjugal. Corretamente, o artigo 1.683 do Código Civil determina que o montante dos aquestos seja verificado à data em que cessou a convivência. Infelizmente, tal artigo refere-se especificamente ao regime de participação final nos aquestos quando, de acordo com o que foi até aqui exposto, deveria ser aplicado a todos os regimes de bens.[535] Por isso, tal regra estaria mais bem localizada nas disposições gerais do regime de bens entre os cônjuges.

A instituição de condomínio entre os cônjuges após a dissolução da sociedade conjugal não é a medida mais adequada e, por isso, deve ser evitada. O legislador, sucessivamente, estabelece algumas medidas para se evitar a instituição de condomínio entre os ex-cônjuges (art. 1.684 do CC/02). Primeiro, tenta-se atribuir a cada cônjuge a propriedade exclusiva de cada bem de acordo com a participação que lhe caiba por força do regime. Não sendo possível ou conveniente, serão avaliados os bens para a reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário. Por último, os bens serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem para que a meação seja respeitada. Assim, considerando-se que o único bem adquirido na constância da sociedade conjugal tenha sido um apartamento no valor de R$ 600.000,00, o cônjuge que o adquiriu poderá ficar com o bem compensando o outro cônjuge com a metade do valor correspondente a ele. Se isso não for possível – por falta de dinheiro, por exemplo – o apartamento será avaliado judicialmente e, depois de obtida a autorização judicial, vendido para perfazer a meação a que faz jus o outro cônjuge.

Não há diferença na verificação dos aquestos na dissolução da sociedade conjugal por morte de qualquer outra forma de dissolução (separação judicial, divórcio, nulidade ou anulação do casamento). Devem ser seguidas as regras dos

535 Em que pese a falta de técnica legislativa, conforme será trabalhado no item 7.6, esse é o entendimento que prevalece nos tribunais: "SEPARAÇÃO DE FATO. PATRIMÔNIO ADQUIRIDO POR UM DOS CÔNHUGES COM ESFORÇO COMUM - EXCLUSÃO DA COMUNHÃO UNIVERSAL - DIVÓRCIO APÓS 5 ANOS DE SEPARAÇÃO DE FATO - APELAÇÃO DESPROVIDA - SENTENÇA CONFIRMADA - 1 - Se o casal está separado de fato há mais de 5 anos, o patrimônio adquirido por um dos cônjuges, sem que tenha havido participação do outro ou a aquisição não provenha de frutos do patrimônio comum, não são partilhados, quando há a decretação do divórcio ou da separação. 2 - Os bens adquiridos na constância do matrimônio se presumem adquiridos pelo esforço comum e aqueles adquiridos, após a separação de fato, dependem de se provar que foram adquiridos com o esforço do outro cônjuge, ainda que separado. 3 - Há aqui, uma semelhança com o regime de participação nos Aquestos, regulada pelo Novo Código Civil, no artigo 1.672, que prevê na separação que cada cônjuge tenha direito à metade dos bens, que foram adquiridos na constância da sociedade conjugal, mas cada cônjuge fica com o seu patrimônio próprio que levou ao se casar e aqueles adquiridos com o esforço próprio, ainda que na constância do casamento. 4 - Apelação desprovida. 5 - Sentença confirmada." (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n° 1.0702.04.138812-6/001* - RELATOR: Des. Fernando Bráulio. Data do Julgamento: 16/11/2006. Data da Publicação: 11/05/2007).

artigos 1.683 e 1.684 do Código Civil para se verificar qual será a meação do cônjuge viúvo e qual será o valor da meação do *de cujus* destinada à sucessão.

O cônjuge que não contraiu a dívida não responde por ela e os herdeiros só vão responder nos limites das forças da herança (art. 1.792 do CC/02), ou seja, face ao princípio do benefício de inventário, os herdeiros só respondem *intra vires hereditatis*.

### 7.4.4.3 Exemplo prático de aplicação das regras do regime de participação final nos aquestos

João e Maria casaram-se há cinco anos pelo regime de participação final nos aquestos. O marido adquiriu com o fruto dos últimos cinco anos de seu trabalho um apartamento na capital de Minas Gerais no valor de R$ 800.000,00. Há dois anos João herdou do seu pai uma casa em Itueta/MG no valor de R$ 400.000,00 e uma outra em Colatina/ES no valor de R$ 600.000,00. Essas duas últimas propriedades renderam um total de R$ 100.000,00 em aluguéis, que foram utilizados na aquisição de um veículo importado. No ano passado, Maria ganhou de seu tio uma casa em Porto Velho/RO, vendendo-a para adquirir outra em Sete Lagoas/MG no valor de R$ 200.000,00. Com o fruto do seu trabalho, Maria adquiriu um conjunto de salas no valor de R$ 700.000,00. No mês passado, João jogou na Mega Sena e ganhou R$ 900.000,00. Na dissolução da sociedade conjugal, como se dará a participação nos aquestos?

**Patrimônio próprio do marido (art. 1.673, CC/02):** Apartamento na capital de Minas Gerais (R$ 800.000,00) + casa em Itueta/MG (R$ 400.000,00) + casa em Colatina/ES (R$ 600.000,00) + veículo importado (R$ 100.000,00) + prêmio da Mega Sena (R$ 900.000,00) = **R$ 2.800.000,00**
**Menos bens excluídos (art. 1.674, CC/02):** Casa em Itueta/MG (R$ 400.000,00) + casa em Colatina/ES (R$ 600.000,00) = **R$ 1.000.000,00**
**Aquestos do marido: R$ 1.800.000,00**
**Patrimônio próprio da mulher (art. 1.673, CC/02):** Casa em Sete Lagoas/MG (R$ 200.000,00) + conjunto de salas (R$ 700.000,00) = **R$ 900.000,00**
**Menos bens excluídos (art. 1.674, CC/02):** Casa em Sete Lagoas/MG (R$ 200.000,00) = **R$ 200.000,00**
**Aquestos da mulher: R$ 700.000,00**
**Total dos aquestos:** aquestos do marido (R$ 1.800.000,00) + aquestos da mulher (R$ 700.000,00) = **R$ 2.500.000,00** (cada cônjuge tem direito à metade, ou seja, R$ 1.250.000,00)
**Crédito de participação devido pelo marido à mulher:** (R$ 1.800.000,00 – R$ 1.250.000,00) = **R$ 550.000,00**

## 7.5 Administração dos bens (regras gerais) e vênia conjugal (outorga uxória e outorga marital)

É natural na vigência de qualquer sociedade conjugal a prática de vários atos de disposição, administração, manutenção e conservação dos bens, bem como de aquisição do necessário para a mantença da família. De acordo com a titularidade dos bens e, principalmente, com o fito de proteção da família, o legislador estabelece quais os atos podem ser praticados com e sem a autorização do outro cônjuge.

Há atos de administração, manutenção e conservação de patrimônio que podem ser praticados por cada um dos cônjuges, na constância da sociedade conjugal, e que não necessitam da autorização do outro, independentemente do regime de bens adotado.

Assim, conforme o artigo 1.642 do Código Civil, qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: I – praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no inciso I do art. 1.647; II – administrar os bens próprios; III – desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial; IV – demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647; V – reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos; VI – praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente, ou seja, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF/88 – princípio da legalidade).

Evidente o descompasso entre o disposto no inciso V do artigo 1.642 e o § 1º do artigo 1.723, ambos do Código Civil. De acordo com o último dispositivo, a separação de fato dos cônjuges, independentemente de prazo mínimo, autoriza a constituição de união estável. Portanto, o prazo de cinco anos exigido no inciso V do artigo 1.642 é totalmente descabido já que antes desse período é possível constituir união estável e, uma vez constituída a entidade familiar, lícita será a transferência de bens entre os seus membros.

Podem os cônjuges, ainda, independentemente de autorização um do outro, comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica (alimentos, roupas, material de limpeza, lazer, entre outros) e obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir. Há presunção *juris et de jure* de que tais dívidas foram contraídas com o consentimento do outro cônjuge, por isso o terceiro de boa-fé não precisa exigir a vênia conjugal, e o cônjuge que não participou do negócio jurídico não pode alegar que não consentiu para se eximir da responsabilidade. Tais dívidas obrigam solidariamente ambos os cônjuges, pois, indubitavelmente, foram contraídas em benefício da família. Assim, o credor poderá exigi-la de um ou de ambos os cônjuges, parcial ou totalmente.

Entretanto, alguns atos, a depender do regime de bens adotado, só podem ser praticados, sob pena de anulação, com a autorização do outro cônjuge, ou seja, necessitam da vênia conjugal. Tais atos estão descritos taxativamente no artigo 1.647 do Código Civil e, por se tratar de norma restritiva de direitos, sua interpretação deve ser também restritiva.

Os bens imóveis ainda representam um porto seguro para a família, representam a materialização do direito à moradia. Como fator de garantia e segurança familiar, para se alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ao contrário dos bens móveis, exige-se a outorga do outro cônjuge, salvo se casados no regime de separação absoluta ou se, no regime de participação final nos aquestos, for convencionado, no pacto antenupcial, a livre disposição desses bens, desde que particulares.

Portanto, é um equívoco concluir que a vênia conjugal só é exigida nas hipóteses de alienação dos bens imóveis comuns ou que integrarão futura meação. Na verdade, trata-se de uma opção legislativa, refletindo a visão tradicional da sociedade, que considera os bens imóveis, pela segurança que representam e pelo alto valor econômico, fontes de renda familiar. Por isso, o objetivo de tal regra é, em última análise, proteger a família.

A partir do Código Civil de 2002, de acordo com o artigo 1.647, somente no regime de separação absoluta de bens, os cônjuges, automaticamente, passaram a ter liberdade total para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; prestar fiança[536] ou aval;[537] e fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Resta, então, saber o que é o regime de separação absoluta. É apenas o regime de separação de bens convencional ou alcança também o regime de separação de bens obrigatório ou legal? A resposta depende da posição que se adota a respeito da Súmula 377 do STF. Se o entendimento é pela não aplicação da Súmula 377 do STF após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, claro, então, que o regime de separação de bens obrigatório ou legal também é uma separação absoluta, pois nenhum bem vai se comunicar. No mesmo sentido, admitido (como feito no item 7.4.1.1.6 desta obra) que o pacto antenupcial pode servir como instrumento que, voluntariamente, afasta a aplicação da mesma Súmula, também esta seria uma hipótese em que a outorga soa desnecessária.

Entretanto, se o entendimento é pela aplicação da Súmula 377 do STF mesmo após o Código Civil de 2002, conforme defendido na presente obra, a conclusão a

---

536 Súmula 332 do STJ: "A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia." Portanto, de acordo com o posicionamento adotado pelo STJ, a fiança sem a outorga de um dos cônjuges, em contrato de locação, é nula de pleno direito, invalidando, inclusive, a penhora efetivada sobre a meação marital.

537 Enunciado 114 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Art.1.647: o aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu." (CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. *I Jornadas de Direito Civil.* Disponível em: http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf. Acesso em: maio 2009).

que se chega é que o regime de separação de bens obrigatório ou legal não é um regime de separação absoluta, mas relativa, pois se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento. Nesse diapasão:

> AVAL. OUTORGA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. BENS. Segundo a exegese do art. 1.647, III, do CC/2002, é necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens. Essa exigência de outorga conjugal para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica, tal como a prestação de aval ou a alienação de imóveis, decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges um meio de controlar a gestão patrimonial; pois, na eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes podem ter interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Anote-se que, na separação convencional de bens, há implícita outorga prévia entre os cônjuges para livremente dispor de seus bens, o que não se verifica na separação obrigatória, regime patrimonial decorrente de expressa imposição do legislador. Assim, ao excepcionar a necessidade de autorização conjugal para o aval, o art. 1.647 do CC/2002, mediante a expressão "separação absoluta", refere-se exclusivamente ao regime de separação convencional de bens e não ao da separação legal. A Súm. n. 377-STF afirma haver interesse dos consortes pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento sob o regime de separação legal, suficiente razão a garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos previstos no art. 1.647 do CC/2002. Com esse entendimento, a Turma, ao prosseguir o julgamento, deu provimento ao especial para declarar a nulidade do aval prestado pelo marido sem autorização da esposa, ora recorrente.[538]

Assim, para a realização de um casamento com liberdade total de disposição patrimonial, deve ser feito o pacto antenupcial e escolhido, se possível, o regime de separação de bens, ou, na hipótese do regime obrigatório de separação de bens, eleito o afastamento da incidência da Súmula 377 do STF. Afinal, nos demais regimes, indispensável será a autorização do outro cônjuge para a prática dos atos previstos no artigo 1.647 do Código Civil.

Quanto ao regime de participação final nos aquestos, conforme já estudado, até é possível alienar bem imóvel sem a autorização do outro cônjuge, mas para isso, no pacto antenupcial que adotar tal regime, deverá ser convencionada a livre disposição dos bens imóveis e, ainda assim, só será possível alienar os bens imóveis particulares, de acordo com o artigo 1.656 do Código Civil. Dessa forma, para alienar bem imóvel sem a autorização do outro cônjuge no regime de participação final nos aquestos, não basta adotar tal regime, indispensável será fazer constar no pacto a possibilidade de disposição patrimonial sem a autorização do outro cônjuge e, além disso, nem todos os bens imóveis poderão ser alienados, somente os bens particulares.

Nos demais regimes de bens (comunhão universal, comunhão parcial ou qualquer regime híbrido criado pelos cônjuges por meio de pacto antenupcial), para um cônjuge dispor de bem imóvel tem que haver a autorização do outro cônjuge,

538 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.163.074-PB,* Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 15/12/2009.

mesmo que tal bem seja particular e não integre futura meação. O Enunciado 340, aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, estabelece que: "no regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuge, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição sobre bens imóveis."

Cabe ao juiz suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la. Portanto, as vedações para a prática dos atos descritos no artigo 1.647 do Código Civil não são insuperáveis ou absolutas. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária, tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

O negócio jurídico anulável é passível de confirmação pelas partes, desde que feita por instrumento público ou particular, autenticado. Nesse caso, torna-se válido.

A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros.

O terceiro prejudicado com a sentença favorável de anulação terá direito regressivo contra o cônjuge, que realizou o negócio jurídico, ou seus herdeiros.

A Lei nº 8.245/91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos, estabelece em seu artigo 3º que o contrato de locação depende de vênia conjugal se igual ou superior a 10 anos for o prazo ajustado. Ausente a vênia conjugal, o cônjuge que não anuiu não estará obrigado a observar o prazo excedente. O longo prazo do contrato é que justifica a vênia conjugal diante de possibilidade de trazer prejuízos à família do locador. Por isso, exige-se a vênia conjugal, sob pena de o cônjuge que não anuiu, poder exigir o fim do contrato, decorrido o prazo de 10 anos.

Entende-se que, diante do Código Civil de 2002, a vênia conjugal no contrato de locação superior a 10 anos não é mais exigível nas hipóteses de regime de separação absoluta de bens (art. 1.647 do CC/02) e de participação final nos aquestos quando estipulada no pacto antenupcial a possibilidade de um cônjuge alienar bem imóvel particular sem a autorização do outro. É que nesses casos, quem pode o mais (alienar ou gravar de ônus real bem imóvel), pode o menos (firmar contrato de locação – direito pessoal e transitório).

Em relação à vênia conjugal, cabe fazer uma ressalva quanto ao empresário casado já que a pessoa jurídica, uma vez registrada e com personalidade autônoma, não se confunde com as pessoas que dela fazem parte. Também, não se confunde o patrimônio da pessoa jurídica, com o patrimônio dos sócios ou acionistas, que são independentes. Por isso, o empresário casado pode, sem necessidade de vênia conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integram o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.

Estabelece, ainda, o artigo 73 do Código de Processo Civil que o cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens. Além disso, ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações que versem sobre direitos reais imobiliários, exceto no regime de separação absoluta;

resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles; fundadas em dívidas contraídas por um dos cônjuges a bem da família; que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges. Quanto às ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composse ou de ato por ambos praticados (art. 73, §2º, CPC/15). Pode-se concluir que em todos esses casos forma-se um litisconsórcio necessário, seja no polo ativo, seja no polo passivo da demanda.

Quando um dos cônjuges, por exemplo, porque foi preso, interditado ou declarado ausente, não puder exercer a administração dos bens que lhe incumbe, segundo o regime de bens, caberá ao outro gerir os bens comuns e os do consorte; alienar os bens móveis comuns; alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial (art. 1.651 do CC/02).

Nesses casos, o cônjuge que estiver na posse dos bens particulares do outro será para com este e seus herdeiros responsável como usufrutuário, se o rendimento for comum; responsável como procurador, se tiver mandato expresso ou tácito para administrá-los; e responsável como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador (art. 1.652 do CC/02).

## 7.6 Cessação dos efeitos do regime de bens

De acordo com o Código Civil (art. 1.571), apenas a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento, a separação judicial e o divórcio colocam fim à sociedade conjugal. Já o artigo 1.576 do Código Civil estabelece que a separação judicial põe termo ao regime de bens.

Entretanto, diante do novo conceito de família que é baseado no afeto, na publicidade e na estabilidade das relações, conforme trabalhado nos Capítulos 1 e 4, é de se admitir que a separação de fato também coloque fim à sociedade conjugal, pois não é mais possível tutelar uma entidade familiar que só exista no papel, por meio de uma certidão de casamento, e ignorar a realidade fática. Com a separação de fato, rompe-se a *affectio maritalis*. A família que merece a proteção do Estado é aquela que compreende um ambiente estável, ostensivo e que, baseado no afeto, seja favorável ao livre desenvolvimento das pessoas. A ausência desses elementos fará com que a família deixe de existir e, consequentemente, deixe de produzir efeitos na órbita do Direito como tal. Não resta dúvida de que a separação de fato entre os cônjuges coloca fim ao objetivo de constituição de família e, por isso, também deve colocar fim à sociedade conjugal. Com isso, é possível defender que os bens adquiridos após a separação de fato não se comunicam, pois foram adquiridos sem o esforço comum. Admitir a divisão dos bens adquiridos por um dos cônjuges, após a separação de fato, caracterizaria enriquecimento sem causa.

Por isso, considera-se inaplicável o regime de bens entre os cônjuges desde quando cessada a vida em comum, com a definitiva separação de fato, pela curial razão de que a regra da comunicação, com presunção de colaboração na formação do patrimônio comum, somente tem lugar com a efetiva convivência dos cônjuges.

Assim, defende-se que a separação de fato, que efetivamente rompe com a *affectio maritalis*, seja mais uma causa de dissolução da sociedade conjugal. Algumas decisões já acolhem esse entendimento:

> CIVIL E FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO COM PARTILHA DE BENS. PROVAS JUNTADAS NA FASE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DE BENS. COMUNHÃO PARCIAL. PARTILHA DOS DIREITOS E DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS ATÉ A SEPARAÇÃO DE FATO. ALEGAÇÃO DE SUB-ROGAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. BENS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO E ESPECIFICAÇÕES DOS VALORES. IMPOSSIBILIDADE DE PARTILHA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do art. 435, do CPC, as partes devem comprovar o fato constitutivo do seu direito durante a fase de instrução processual, podendo haver a juntada posterior de documentos quando esses se tornarem conhecidos, acessíveis ou disponíveis após a formação do contraditório. A legislação processual dispõe, ainda, que é dever da parte comprovar o motivo que a impediu de fazer a juntada da documentação no momento oportuno. 2. Caso concreto em que a parte anexou vários documentos em sede recursal referentes a fatos e atos ocorridos antes do ajuizamento da ação, de modo que tais documentos não se encaixam no conceito de prova nova, para fins de análise na fase recursal. Os referidos documentos poderiam e deveriam ter sido juntados no momento oportuno, qual seja, na instrução probatória instaurada na origem. 3. Diante da manifestação expressa do apelante sobre a ausência de interesse em produzir novas provas, na instância de origem, inviável a análise dos documentos anexados juntamente com o recurso de apelação, pois restou operada a preclusão. 4. No regime da comunhão parcial de bens, deve ser partilhado entre os ex-cônjuges, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada, todos os bens adquiridos na constância do vínculo afetivo, incluindo, também, todos os créditos e débitos oriundos dos compromissos assumidos até a separação de fato. 5. Tendo em vista a ausência de provas que demonstram a aquisição dos bens móveis que guarnecem a residência do ex-casal, bem como ausência de estimativa de valores de cada um dos eletrodomésticos, a exclusão dos referidos bens da partilha realizada deve ser mantida. 6. Recurso desprovido.[539] (grifo nosso).
>
> OUTORGA MARITAL – SUPRIMENTO – SEPARAÇÃO DE FATO – A separação de fato, quando se prolonga no tempo, produz efeitos também sobre o regime de bens, de tal sorte que se deve reconhecer como antijurídica a recusa do marido em autorizar a mulher a alienar bem imóvel que ela adquiriu por herança de sua mãe, vinte anos depois da separação.[540]
>
> DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO DE FATO. PARTILHA DE BENS. 1. Não integram o patrimônio, para efeito da partilha, uma vez decretado o divórcio direto, os bens havidos após a prolongada separação de fato. 2. Recurso especial conhecido e provido.[541]

---

539 DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *Acórdão 1300275, 07015037320198070003,* Relator: Josapha Francisco Dos Santos, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 11/11/2020, publicado no DJE: 30/11/2020.

540 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 127.077 – ES – (97.244415)* – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 10.11.199711.10.1997.

541 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 40785 / RJ* – 3ª Turma - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Data do Julgamento: 19/11/1999.

Pode-se citar, ainda, como argumento favorável à tese de que a separação de fato também coloca fim à sociedade conjugal, o disposto no artigo 1.723, § 1º, do Código Civil que, privilegiando a realidade fática, permite que uma pessoa casada, porém separada de fato, constitua uma união estável. Está clara a opção do legislador que, entre proteger um casamento que só existe no papel (por meio de uma certidão de casamento) e um relacionamento que de fato existe (público, contínuo, duradouro e com objetivo de constituição de família), preferiu proteger a realidade fática. Portanto, não há como duvidar que a separação de fato também põe fim à sociedade conjugal.

Corretamente, o artigo 1.683 do Código Civil determina que o montante dos aquestos seja verificado à data em que cessou a convivência. Infelizmente, tal artigo faz referência específica ao regime de participação final nos aquestos quando seu fundamento aconselha estendê-lo para todos os demais regimes.

A dificuldade muitas vezes será de precisar o exato momento do fim da *affectio maritalis* e, consequentemente, a partir de quando cessou o esforço comum para a aquisição dos bens. O problema relatado pode ser verificado por meio do Voto proferido pela Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Proc. nº 1.0702.02.007337-6/001(1), referente a caso curioso e que teve repercussão nacional:

> Verifica-se, no presente caso, ter havido separação consensual do casal, após o apelante ter sido premiado na Mega Sena, fato que não chegou ao conhecimento da apelada e que deu ensejo à presente ação de Sobrepartilha, tendo constado na inicial de separação que estes se encontravam separados de fato há cerca de três meses. Os litigantes foram casados pelo regime da comunhão parcial de bens pelo período de 27 de julho de 1991 a 29 de outubro de 1998, quando houve a homologação judicial do pedido de separação. Ensina a melhor doutrina que, no caso de casamento pelo regime da comunhão parcial de bens comunicam-se entre os nubentes os bens comuns, sendo estes aqueles adquiridos na constância do casamento por título oneroso, por fato eventual, por doação etc. [...]. Entende-se por eventuais os bens incorporados ao patrimônio familiar por acontecimento casual, fortuito, incerto ou acidental, sendo exemplos desta forma de aquisição o aumento de fortuna através de loteria, aluvião, avulsão etc. Deste modo, depreende-se que legítima é a pretensão da apelada de receber metade do valor do prêmio da loteria denominado Mega Sena, pago ao seu antigo esposo quando ainda eram casados, mas que permaneceu às escondidas até o advento da separação. O fato de ter constado na inicial de separação que o casal estava separado de fato há três meses, não legitima a pretensão do apelante de incomunicabilidade do prêmio lotérico, pois as circunstâncias demonstram que tal afirmação é no mínimo duvidosa, senão vejamos: O apelante afirma que estava separado de fato da apelada três meses antes de ser afortunado pela loteria, mas não propôs ação de separação neste período, vindo a se interessar por esta apenas após o recebimento do prêmio. O item 4 da separação (f. 65) foi elaborado após ter sido o apelante agraciado com a loteria, o que lhe retira, além do mais, qualquer credibilidade, demonstrando-se malicioso, em face do que foi ocultado à apelada, o que impunha que o apelante fizesse prova mais firme da época da separação de fato, o que não fez. Mesmo que tal afirmação seja verídica, o período da suposta separação é muito exíguo para caracterização da perda da *afectio maritalis*, até

> porque, não é demais frisar, antes do recebimento do afortunado prêmio, não houve qualquer intenção de separação. Vê-se, assim, que não merece reparo a r. sentença proferida pelo d. juiz atuante em primeiro grau de jurisdição. Por todo o exposto, nego provimento à apelação.[542]

## 7.7 Venda de bens entre cônjuges

De acordo com o artigo 499 do Código Civil, "é lícita a compra e venda entre os cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão." Um cônjuge só não pode comprar do outro bens comunicáveis, pois estaria adquirindo aquilo que por direito já lhe pertence.

## 7.8 Regime de bens e sociedade entre os cônjuges

De acordo com o artigo 977 do Código Civil, faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham se casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória. A regra aplica-se na hipótese de os contratantes serem apenas os consortes e, também, na hipótese de os contratantes serem os dois cônjuges, em conjunto, com terceiros, pois permanecem sócios entre si. Conclui-se que não há qualquer restrição para que um dos cônjuges possa constituir, de forma independente, sociedade com terceiros.[543]

Em relação à vedação de os cônjuges contratarem sociedade entre si ou com terceiros no regime da comunhão universal de bens, a justificativa que se apresenta é a de que tal contratação seria mera ficção, pois, de acordo com as regras do regime de bens, os bens presentes e futuros comunicam-se, formando um único patrimônio. Quanto ao regime da separação obrigatória, legal ou cogente (art. 1.641 do CC/02), a justificativa é a de que poderia haver fraude, porque a sociedade poderia ser utilizada com o objetivo de gerar confusão patrimonial.

Tais argumentos, além de frágeis, não se justificam, já que contrariam disposição constitucional (art. 5º, XVII, CF/88) que admite como direito fundamental a associação para fins lícitos.

No entanto, admitida a constitucionalidade do artigo 977 do Código Civil, por se tratar de uma regra limitativa de direitos, sua interpretação deve ser restritiva, ou seja, as reservas estabelecidas aplicam-se somente às sociedades contratuais. Assim, os cônjuges nos regimes da comunhão universal e da separação legal só

---

542 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0702.02.007337-6/001*, Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/04/2005, publicação da súmula em 06/05/2005.

543 Nesse sentido: Enunciado 205 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Art. 977: Adotar as seguintes interpretações ao art. 977: (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge." (CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. *III Jornadas de Direito Civil.* Disponível em: http://daleth.cjf.jus. br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf Acesso em: maio 2009).

não podem *contratar* sociedade entre si ou com terceiros. Nada impede que, em conjunto, adquiram ações da Petróleo Brasileiro S.A., por exemplo. Portanto, a limitação estabelecida no artigo 977 do Código Civil não se aplica às sociedades estatutárias.

Quanto à contratação de sociedade, entendeu o STJ[544] que a limitação se aplica tanto às sociedades empresariais quanto às simples, pois no artigo 977 do Código Civil o legislador utilizou a expressão sociedade sem estabelecer qualquer especificação.

Questão interessante de natureza intertemporal diz respeito à possibilidade da proibição, que foi introduzida no artigo 977 do Código Civil, atingir ou não os casamentos celebrados antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

De um lado, há quem defenda[545] que o contrato social firmado antes de 11 de janeiro de 2003 é ato jurídico perfeito, já consumado, tendo produzido todos os seus elementos constitutivos. Além disso, o impedimento criado com o artigo 977 é regra restritiva de direito e, por isso, não se expande e não se projeta para o passado.

No mesmo sentido é a redação do Enunciado 204, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que estabelece: "Art. 977: A proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002."

Entretanto, tendo em vista que se trata de uma restrição à qualidade de sócios e não à opção de regime de bens, conforme alerta Francisco Cahali,[546] outro deve ser o posicionamento. De fato, as regras do Direito de Empresa sofrem a incidência do artigo 2.031 do Código Civil, que estabeleceu um prazo para que as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, pudessem adaptar-se às disposições do novo Código Civil.

Assim, diante do disposto no artigo 2.031 do Código Civil, duas são as alternativas para que os cônjuges consigam adaptar-se às disposições do novo Código Civil: manter o regime de bens e um dos cônjuges sair da sociedade, ou modificar o regime de bens e ambos permanecerem na sociedade.

## 7.9 Teoria da disregard doctrine

As pessoas jurídicas são reconhecidas pelo ordenamento jurídico como sujeitos de direitos e deveres. Possuem personalidade própria que não se confunde com a de seus membros.

---

544 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.058.165-RS*. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 14/04/09.

545 Nesse sentido: DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 76-77.

546 CAHALI, Francisco José. Direito intertemporal no livro de família (regime de bens e alimentos) e sucessões. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 203-204.

No entanto, sempre que a pessoa natural usar a pessoa jurídica para cometer um ilícito, a personalidade jurídica da pessoa jurídica poderá ser desconsiderada e a pessoa natural punida em seu lugar. Trata-se da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida como *disregard of legal entity* ou *disregard doctrine*. É o que autoriza o artigo 50 do Código Civil, com a redação que lhe foi alterada pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019[547]:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.[548]

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo coibir o uso irregular da sociedade, para fins contrários ao direito, permitindo estender a responsabilidade além dos limites tradicionais estabelecidos entre o sócio e a sociedade em certos casos. A sua aplicação, no entanto, depende de um exame apurado de cada caso isoladamente, e ocorre em caráter excepcional, de modo a preservar a independência e intangibilidade da personalidade jurídica. Por essa razão, a fraude e o abuso de direito, que autorizam a adoção da teoria, devem restar demonstrados de maneira inconteste, não se admitindo meros indícios ou presunções.

Como exemplo, cita-se a transferência de recursos financeiros da sociedade para os sócios ou pessoas ligadas aos sócios com o objetivo de inviabilizar a satisfação de uma dívida exequenda. Caracterizado está o desvio de finalidade e, consequentemente, a possibilidade de deferimento do pedido de desconsideração

---

547 Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019: institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e, entre outras providências, altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

548 Ao caput do artigo 50, a Lei nº 13.874/2019 ainda acrescentou mais cinco parágrafos na expectativa de esclarecer os termos "confusão patrimonial" e "desvio de finalidade":
§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

da personalidade jurídica, que pode ser feito incidentalmente na própria ação de execução, a fim de que o patrimônio dos sócios possa ser atingido pela penhora. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica está previsto nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, o objetivo da teoria, para não prejudicar terceiros, foi desconsiderar a personalidade própria da pessoa jurídica para responsabilizar pessoalmente os sócios, ou seja, equiparar o sócio à sociedade, na qual se esconde, para diante do ato fraudulento ou abusivo alcançar o seu patrimônio pessoal.

Ocorre que, em decorrência da personalidade própria e da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, com o objetivo de prejudicar um cônjuge na partilha dos bens ou pagar um valor menor de pensão alimentícia, o abuso da personalidade jurídica passou a ocorrer pela via inversa no direito das famílias, ou seja, no lugar de esvaziar o patrimônio da pessoa jurídica em benefício dos sócios e prejuízo dos credores dela, especificamente nas questões envolvendo o direito das famílias, o esvaziamento patrimonial é da sociedade conjugal em benefício da pessoa jurídica e prejuízo dos cônjuges ou dos credores de alimentos. Por isso, conforme alerta Rolf Madaleno,

> No Direito de Família, sua utilização dar-se-á de hábito na via inversa, desconsiderando o ato, para alcançar bem da sociedade, para pagamento do cônjuge ou credor prejudicado. É larga e producente sua aplicação no processo familiar, principalmente frente à diuturna constatação nas disputas matrimoniais, do cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, senão todo, ao menos o rol mais significativo dos bens comuns. É situação rotineira verificar nas relações nupciais que os bens materiais comprados para uso dos esposos, como carros, telefones, móveis e mormente imóveis, dentre eles a própria alcova nupcial, encontram-se registrados ou adquiridos em nome de empresas de que participa um dos consortes.[549]

Admitindo a desconsideração da personalidade jurídica no sentido inverso[550] há, inclusive, o Enunciado 283, aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida

549 MADALENO. Rolf. *Direito de família*: aspectos polêmicos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999, p. 28.

550 CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO EM REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL DA QUAL O EX-CÔNJUGE É SÓCIO. POSSIBILIDADE. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002. Controvérsia: possibilidade de quebra de sigilo bancário de pessoa jurídica, formulado por ex-cônjuge, não sócia, cujo cônjuge é sócio da sociedade empresarial, para fins de compensações na partilha, ou mera fiscalização do patrimônio, ainda comum ao ex-casal, representado pelas cotas sociais. A participação em sociedade limitada não constitui um patrimônio partilhável, automaticamente, no rompimento de uma relação conjugal, detendo o ex-cônjuge sócio da sociedade empresarial, a singular administração da integralidade das cotas do ex-casal. Essa circunstância, que deprime, em nome da preservação da sociedade empresarial, o pleno direito de propriedade do ex-cônjuge, não sócio, pode dar ensejo a manipulações que afetem, ainda mais o já vulnerado direito à propriedade. Nessa linha, forjou-se, para as hipóteses de abuso na gestão empresarial em detrimento de ex-cônjuge não sócio, ou ainda, de indevida transferência patrimonial do ex-cônjuge, sócio para a sociedade, a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica. Diante das sérias consequências da aplicação dessa teoria, o pedido

pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que estabelece: "É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada 'inversa' para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros."[551]

As disposições do Código de Processo Civil sobre o incidente também são aplicáveis na hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica (art. 133, §2º, CPC/15).

## 7.10 Regime de bens nos casamentos precedidos de união estável

Nas hipóteses, que não são raras, de realização de casamento após a caracterização de uma união estável, a análise patrimonial deverá ser feita em dois momentos distintos. Os bens adquiridos durante a união estável devem ser partilhados de acordo com as regras do regime de bens escolhido por meio de contrato de convivência e, na falta, conforme o regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC/02). Já os bens adquiridos durante o casamento devem ser divididos de acordo com o regime de bens escolhido por meio de pacto antenupcial e, na falta de pacto ou diante de pacto inválido, as regras da comunhão parcial de bens também devem ser aplicadas (art. 1.640 do CC/02). Assim, se dois imóveis foram adquiridos, um durante a união estável e outro durante o casamento, considerando que a união estável foi constituída sem contrato de convivência e o casamento foi realizado pelo regime de separação convencional de bens, o primeiro imóvel vai se comunicar (aplicando-se as regras do regime de comunhão parcial de bens) e o segundo imóvel ficará apenas com o cônjuge que o adquiriu (aplicando-se as regras do regime de separação de bens).[552]

---

de quebra de sigilo bancário da pessoa jurídica, para que a ex-cônjuge consiga um mínimo de conhecimento sobre o patrimônio imobilizado em cotas, constitui um minus que deve ser deferido, mormente quando se verifica a ocorrência de vultosa quantia do ex-cônjuge sócio para a pessoa jurídica. Recurso conhecido e provido. (BRASIL. STJ. *REsp 1626493/SC*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 04/10/2016).

551 Sobre outros tipos de fraudes empresariais que podem prejudicar a sociedade conjugal (manipulação contábil, apropriação de bens do ativo circulante, simulação de perdas e despesas, esvaziamento do patrimônio societário, empresa espelho etc.), recomenda-se a leitura da seguinte obra: MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Separação, Divórcio e Fraude na Partilha de Bens:* Simulações Empresariais e Societárias. São Paulo: Atlas, 2010.

552 AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. UNIÃO ESTÁVEL E POSTERIOR CASAMENTO CIVIL SEM SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE. ENTIDADE FAMILIAR CONSTITUÍDA ANTERIORMENTE AO MATRIMÔNIO. PARTILHA DO ÚNICO BEM. DIVISÃO IGUALITÁRIA. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. EXCLUSÃO DO VALOR REFERENTE A CHAVES, QUE PERTENCE SOMENTE AO REQUERENTE, CUJO VALOR FOI DOADO PELA SUA GENITORA ANTES DA FORMAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR. I. Tendo o § 3º do art. 206 da Constituição Federal reconhecido, para efeito da proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, à similitude do que ocorre no casamento civil, não há como separar o período em que as partes conviveram estavelmente e estiveram casadas, para efeito de proceder à divisão do bem havido com esforço comum do casal, ademais quando o regime de bens era o mesmo. II. Comprovando-se que antes da união matrimonial já existia convivência comum estável entre os litigantes, deve ser repartido igualitariamente o apartamento adquirido com esforço comum, excluindo-se apenas o valor das chaves, que foram adquiridas pela genitora do cônjuge varão antes da união estável. Apelação Cível

## 7.11 Regime de bens, meação e sucessão

Meação está ligada ao condomínio especial que é formado nos regimes de comunhão. É a parcela dos bens do casal que é reservada para cada um dos cônjuges, quando existe comunicação patrimonial. Quando se diz que determinado bem pertence em comunhão aos cônjuges significa que a cada cônjuge pertence a sua metade (meação). Assim, se na vigência do regime de comunhão parcial de bens for adquirido um apartamento a título oneroso, diz-se que na dissolução da sociedade conjugal cada cônjuge tem direito à metade do apartamento como meeiro, ou seja, a título de meação.

Já a sucessão é a transmissão de bens e de direitos a uma, ou mais pessoas vivas, integrantes de um patrimônio deixado pelo *de cujus*.

Uma vez adotado qualquer regime de bens, convencional ou legal, é preciso ficar atento para não confundir direito à meação e direito à sucessão, pois dependendo do regime de bens adotado, o cônjuge sobrevivente poderá ser sucessor e não ser meeiro, ser meeiro e não ser sucessor, não ser meeiro e nem sucessor, ou ainda, ser meeiro e sucessor.

Assim, se o regime de bens for o da separação convencional de bens e o autor da herança tiver adquirido um apartamento na constância da sociedade conjugal e deixado descendentes, apesar de o cônjuge sobrevivente não ser meeiro, nesse caso, é possível afirmar que ele será herdeiro, ou seja, vai receber parte do apartamento como sucessor juntamente com os descendentes (art. 1.829, I, do CC/02).[553]

Na hipótese de o regime de bens ser o da comunhão universal, e o autor da herança tiver adquirido um apartamento na constância da sociedade conjugal e deixado descendentes pode-se afirmar que o cônjuge sobrevivente terá direito à metade do apartamento como meeiro, mas não participará da sucessão da outra metade do apartamento que ficará apenas para os descendentes. (art. 1.829, I, do CC/02), portanto não será sucessor.

Considerando que o regime de bens adotado foi o da separação legal e que o autor da herança já realizou o casamento com um apartamento e deixou descendentes, nesse caso, o cônjuge sobrevivente não será nem meeiro e nem herdeiro (art. 1.829, I, do CC/02).

E, finalmente, considerando que o regime de bens adotado tenha sido o da comunhão universal de bens e que o autor da herança tenha adquirido um apartamento na constância da sociedade conjugal e, ainda, que tenha morrido sem ter deixado descendentes, mas deixando ascendentes vivos, nessa hipótese, o cônjuge sobrevivente terá direito à metade do apartamento como meeiro e, além

---

conhecida e improvida. Decisão unânime. (SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. *AC 6591/2006*; 2ª C.Cív.; Rel. Des. José Artêmio Barreto; Julg. 06/11/2006)

553 INVENTÁRIO – Viúva casada com o autor da herança no regime de separação convencional de bens. Direito à sucessão legítima em concorrência com a filha do falecido. Inteligência do art. 1.829, I, do Código Civil. Vedação que somente ocorre, entre outras causas, se o regime de casamento for o de separação obrigatória de bens. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AI 313.414-4/1* – 3ª CDPriv. – Rel. Des. Flávio Pinheiro – DOESP 16.12.200312.16.2003 – v.u.).

disso, vai concorrer com os ascendentes do falecido na outra metade como herdeiro (art. 1.836 do CC/02).

Diante de todas as possibilidades expostas, na hipótese de morte de uma pessoa casada, o primeiro passo é identificar o regime de bens do casamento e, dependendo do regime, destacar a meação de cada cônjuge (caso existente). O patrimônio do *de cujus,* objeto do inventário, será composto de sua meação e dos seus bens particulares, ou seja, dos bens excluídos da comunhão.

## 7.12 Execução e defesa da meação

Prescreve o artigo 842 do Código de Processo Civil que "recaindo a penhora sobre bem imóvel ou direito real sobre imóvel, será intimado também o cônjuge do executado, salvo se forem casados em regime de separação absoluta de bens." Além disso, o executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge, salvo se o regime for o da separação absoluta de bens (art. 847, § 3º, do CPC/15).

Tratando-se de dívida contraída por ambos os cônjuges, óbvio que os dois vão responder pelo pagamento, pois são ao mesmo tempo devedores e responsáveis pelo pagamento. Ou, ainda, se a dívida foi contraída por um dos cônjuges, mas para comprar as coisas necessárias à economia doméstica (art. 1.643 do CC/02), ambos respondem solidariamente por força de lei (art. 1.644 do CC/02).

Quanto à dívida contraída por um dos cônjuges, que não tenha sido feita para a compra das coisas necessárias à economia doméstica, resta saber se reverteu em benefício da família ou não. Se reverteu em benefício da família, apesar de o cônjuge que não participou da relação obrigacional não ser devedor, será considerado responsável pelo pagamento, pois também teve proveito. No entanto, se a dívida foi contraída por apenas um dos cônjuges e o outro não teve proveito, o que fazer: embargos de terceiro ou embargos de execução? Para o Superior Tribunal de Justiça, o cônjuge não devedor pode embargar a execução ou impugnar o cumprimento de sentença (defesas típicas do executado) ou ingressar com os embargos de terceiro. Admite-se, portanto, a duplicidade de posição do cônjuge não devedor.[554]

Deve-se ficar atento quanto às matérias que podem ser discutidas em cada hipótese. Se o objetivo é discutir a inexistência da dívida ou o excesso da execução, por exemplo, o caminho correto é utilizar os embargos à execução ou o oferecimento de impugnação.[555]

---

554 PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CÔNJUGE. EMBARGOS DO DEVEDOR E EMBARGOS DE TERCEIRO. ADMISSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE PROVA. INADMISSIBILIDADE. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. FIXAÇÃO POR EQÜIDADE. REVISÃO. POSSIBILIDADE. 1. Em consonância com os precedentes da Corte, o cônjuge que, intimado da penhora, opõe embargos do devedor, não fica impedido de oferecer embargos de terceiro para defesa de sua meação. 2. [...]. 3. [...]. 4. [...]. Recurso parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl no REsp nº 306.465 - ES (2001/0023406-2)* – Terceira Turma - Rel. Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 14/10/2003. DJ: 25/02/2004).

555 Desde que verse sobre as matérias elencadas no art. 525 do CPC.

Já os embargos de terceiro, servem para defender a meação, discutindo-se, portanto, se a dívida contraída foi ou não em benefício da família. O cônjuge que não contraiu a dívida busca o reconhecimento da sua qualidade de não devedor e não responsável, ou seja, visa a demonstrar que não foi sujeito da relação jurídica processual deduzida em juízo. Importante esclarecer que, por força do artigo 843 do Código de Processo Civil, via embargos de terceiro, o cônjuge não terá direito de reduzir a penhora, mas apenas resguardar a sua meação no produto da alienação de bens indivisíveis. Assim, o bem de propriedade comum poderá ser objeto de penhora e alienação em hasta pública, desde que se resguarde a parte ideal do condômino que não é devedor.

O Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação (Súmula 134 do STJ). É consenso que a meação de um dos cônjuges não responde pelas dívidas de qualquer natureza firmadas apenas pelo outro cônjuge sem ter resultado em benefício da família.

O problema é saber de quem é o ônus da prova, ou seja, quem deve provar que a dívida contraída não se reverteu em benefício da família: o cônjuge que quer defender a sua meação ou o credor do outro cônjuge?

Quando se trata de ato ilícito, a posição adotada pelo STJ por meio da Súmula 251 não deixa dúvida: "A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal." (grifo nosso)

Entretanto, se a dívida não é resultante de ato ilícito, outro tem sido o posicionamento dos tribunais:

> CIVIL - PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA - EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO POR UM DOS CÔNJUGES - RESPONSABILIDADE DE AMBOS OS CÔNJUGES - A EXCLUSÃO DA PARTILHA EM FAVOR DE UM DELES DEPENDE DA CABAL COMPROVAÇÃO DE QUE O VALOR DA DÍVIDA NÃO REVERTEU EM FAVOR DO CASAL - ÔNUS SUCUMBENCIAL À PARTE VENCIDA - RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Ante à presunção legal de que os direitos e obrigações amealhados durante a sociedade conjugal devem ser partilhados de forma igualitária entre os cônjuges casados pelo regime de comunhão parcial de bens, deve haver cabal demonstração de que o valor da dívida não foi aproveitado pelo casal para excluí-lo da partilha. 2. É irrelevante se o valor do empréstimo foi utilizado na compra de veículo ou em reforma da casa, pois em qualquer dos casos o dinheiro teria revertido em favor do casal. 3. Se a ré/reconvinte restou vencida em suas pretensões, não há razão para ser modificada a sentença que a condenou nos ônus da sucumbência. 4. Recurso conhecido e improvido.[556]

Ultrapassada essa questão, resta saber como conciliar o direito à meação do cônjuge que não assumiu a dívida com o direito do credor do outro cônjuge na execução de bens indivisíveis. Deve a execução ou a cobrança de tais dívidas

556 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *20051010037018APC*, Relator BENITO TIEZZI, 2ª Turma Cível, julgado em 22/11/2006, DJ 21/06/2007 p. 91.

aguardar a dissolução da sociedade conjugal, já que a meação do cônjuge devedor só se concretiza em tal momento? A solução mais adequada é aquela capaz de preservar a meação do cônjuge não devedor sem exigir que o credor, indefinidamente, espere a dissolução da sociedade conjugal para fazer valer o seu direito. Assim, de acordo com o artigo 843 do Código de Processo Civil, "tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem."

Nesses casos, tais bens devem ser levados à hasta pública, reservando ao cônjuge meeiro do executado a metade do preço obtido. Nesse sentido:

> EXECUÇÃO – IMÓVEL INDIVISÍVEL – PRACEAMENTO PELA TOTALIDADE – MEAÇÃO – AFERIÇÃO NO PRODUTO DA ALIENAÇÃO JUDICIAL – "Os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do regime da comunhão no casamento, na execução, podem ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se à esposa a metade do preço alcançado." (REsp nº 200.251/SP). Recurso especial conhecido e provido.[557]
> RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE BEM IMÓVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO DE EX-CÔNJUGE PENDENTES. DEFESA DA MEAÇÃO. RESERVA DE METADE DO VALOR DE AVALIAÇÃO. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DESCONSIDERADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Debate-se a extensão da proteção da meação reservada a ex-cônjuge na hipótese de execução de título extrajudicial. 2. O novo diploma processual, além de estender a proteção da fração ideal para os demais coproprietários de bem indivisível, os quais não sejam devedores nem responsáveis legais pelo adimplemento de obrigação contraída por outro coproprietário, ainda delimitou monetariamente a alienação judicial desses bens. 3. A partir do novo regramento, o bem indivisível somente poderá ser alienado se o valor de alienação for suficiente para assegurar ao coproprietário não responsável 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação do bem (art. 843, § 2º, do CPC/2015). 4. Essa nova disposição legal, de um lado, referenda o entendimento de que o bem indivisível será alienado por inteiro, ampliando a efetividade dos processos executivos; de outro, amplia a proteção de coproprietários inalcançáveis pelo procedimento executivo, assegurando-lhes a manutenção integral de seu patrimônio, ainda que monetizado. 5. Estando pendente o julgamento dos embargos de terceiros opostos por ex-cônjuge meeira, até que se decida sua eventual responsabilidade pela dívida do devedor primário, é prudente, em juízo cautelar, que se mantenha à disposição do Juízo competente valor correspondente à meação, nos termos da nova legislação processual. 6. Recurso especial provido.[558]

Por isso, tratando-se de dívida particular, o cônjuge que a contraiu responde com seus bens particulares e até o limite de sua meação nos bens comuns. A meação do cônjuge que não contraiu e não foi beneficiado com a dívida é impenhorável, podendo, inclusive, defendê-la por meio de embargos (CPC/15, art. 674, §2º, inciso I [559]).

---

557 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 511.663* – 4ª T. – Rel. Min. Barros Monteiro – DJU 29.08.2005. 08.29.200.

558 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1728086/MS*, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 27/08/2019, DJe 03/09/2019.

559 Art. 674 do CPC/15: "Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça

Cria-se, com isso, uma espécie de bem reservado ou bem particular para o cônjuge não responsável pela dívida. Os bens excluídos da penhora, por iniciativa de um dos cônjuges, vencedor nos embargos de terceiro, passam para o seu exclusivo domínio, não mais se comunicando ao outro cônjuge.[560]

## 7.13 Jurisprudência sumulada

**STF - Súmula 377**: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Fonte de Publicação - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277.

**STF - Súmula 49**: A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens. Fonte de Publicação - Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 49.

**STJ - Súmula 655:** Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum. Data da Decisão: 09/11/2022.

**STJ - Súmula 332**: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia. Data da Decisão: 05/03/2008.

---

de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro. § 1º [...] § 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos: I - o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843."

560 RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA DE BEM IMÓVEL - MULHER CASADA - DEFESA DA MEAÇÃO - EXCLUSÃO EM CADA BEM – HASTA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - RESERVA DE METADE DO VALOR AFERIDO NA ALIENAÇÃO JUDICIAL. 1. Sendo a dívida pessoal de um dos cônjuges, haja vista que o ato ilícito do qual derivou o título executivo judicial foi praticado somente pelo marido e não reverteu em benefício da sociedade conjugal, somente o patrimônio deste garante a execução. Assim, cuidando-se de devedor casado e havendo bens comuns a garantia fica reduzida ao limite da sua meação, nos termos do art. 3º da Lei 4.121/62. 2. A execução não é ação divisória, pelo que inviável proceder a partilha de todo o patrimônio do casal de modo a atribuir a cada qual os bens que lhe cabem por inteiro. Deste modo, a proteção da meação da mulher casada deve ser aferida sobre cada bem de forma individualizada e não sobre a totalidade do patrimônio do casal. 3. Não se pode olvidar que embora a execução seja regida pelo princípio da menor onerosidade ao devedor, reveste-se de natureza satisfativa e deve levar a cabo o litígio. Destarte, com o fito de evitar a eternização do procedimento executório, decorrente da inevitável desestimulação da arrematação a vista da imposição de um condomínio forçado na hipótese de se levar à praça apenas a fração ideal do bem penhorado que não comporte cômoda divisão, assentou-se a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que, em casos tais, há de ser o bem alienado em sua totalidade, assegurando-se, todavia, ao cônjuge não executado a metade do produto da arrematação, protegendo-se, deste modo, a sua meação. 4. Conquanto seja legítima a pretensão da recorrente de ver assegurada a proteção de sua meação sobre cada bem de forma individualizada, importante garantir a efetividade do procedimento executório, pelo que, considerando-se que, in casu, recaiu a penhora sobre imóvel que não comporta cômoda divisão, há de se proceder a alienação do bem em hasta pública por inteiro reservando-se à mulher a metade do preço alcançado. 5. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 708143/MA* – Relator Ministro Jorge Scartezzini - Órgão Julgador T4 - Quarta Turma - Data do Julgamento 06/02/2007 - Data da Publicação/Fonte DJ 26/02/2007, p. 596).

**STJ - Súmula 251**: A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal. Data da Decisão: 13/06/2001.

**STJ - Súmula 197**: O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens. Data da Decisão: 08/10/1997.

**STJ - Súmula 134**: Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação. Data da Decisão: 26/04/1995.

## 7.14 Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 674 aprovado na IX Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.659, inc. IV: Comprovada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o ressarcimento a ser pago à vítima deverá sair exclusivamente da meação do cônjuge ou companheiro agressor.

**Enunciado 635 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.655:** O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.

**Enunciado 634 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.641:** É lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens (art.1.641 do Código Civil) estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF.

**Enunciado 609 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.640, parágrafo único, e art. 1.829** O regime de bens no casamento somente interfere na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido.

**Enunciado 340 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** No regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuge, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição sobre bens imóveis.

**Enunciado 331 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.639. O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

**Enunciado 285 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 50. A teoria da

desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor.

**Enunciado 284 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 50. As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não-econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica.

**Enunciado 283 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada "inversa" para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.

**Enunciado 282 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 50. O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica.

**Enunciado 281 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 50. A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.

**Enunciado 262 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.

**Enunciado 261 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.641: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

**Enunciado 260 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior.

**Enunciado 255 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.575: Não é obrigatória a partilha de bens na separação judicial.

**Enunciado 205 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 977: Adotar as seguintes interpretações ao art. 977: (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge.

**Enunciado 204 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 977: A

proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002.

**Enunciado 114 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.647: o aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.

**Enunciado 113 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.639: é admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

**Enunciado 51 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 50: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.

**Enunciado 7 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 50: só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

# 8 Separação (?) e Divórcio

## 8.1 Formas de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal

De acordo com o artigo 1.571 do Código Civil, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio.

Com o fim da sociedade conjugal, não se pode mais falar em dever de coabitação e fidelidade recíproca entre os cônjuges. Além disso, cessa o regime de bens entre marido e mulher, ou seja, o que cada um adquire após a dissolução da sociedade conjugal não se comunica. Outrossim, de acordo com o artigo 1.830 do Código Civil, um cônjuge não participa mais da sucessão do outro.[561]

Já o vínculo conjugal, ou seja, o casamento válido, só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção de morte quanto ao ausente que, de acordo com o artigo 6º do Código Civil, se dá a partir da abertura da sua sucessão definitiva.

À primeira vista parece estranho o fato de a nulidade e a anulação não colocarem fim ao casamento. Entretanto, é coerente essa opção feita pelo legislador. Nas hipóteses de invalidade do casamento, seja por meio da nulidade ou da anulação, o juiz não irá decretar a dissolução de um casamento válido, mas a sua desconstituição, retornando as partes ao *status quo ante*. Por isso, conforme alertam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,

> o reconhecimento da invalidade do casamento atacará o ato em sua origem, retroagindo as partes ao estado anterior. Por isso, mesmo que o casal esteja divorciado, há interesse de agir para a propositura de uma ação declaratória de nulidade ou anulatória de casamento, pois os efeitos de ambas são muito mais contundentes do que as consequências projetadas pela dissolução do casamento pelo divórcio. Aliás, mesmo que uma das partes já esteja morta, ainda assim persiste o interesse de agir, uma vez que a eventual procedência do pedido implicará mudança de seu estado civil (deixará de ser viúva para ser solteira, por exemplo).[562]

---

561 O artigo citado faz referência específica à separação judicial. Todavia, como esta é uma forma de encerrar a sociedade conjugal, tal qual a anulação ou a nulidade matrimonial, bem como o divórcio, pode-se estender a regra aplicável à separação também a essas outras espécies extintivas.

562 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 317.

### 8.1.1 Separação de fato como mais uma forma de dissolução da sociedade conjugal

De acordo com o Código Civil, apenas a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento, a separação judicial ou extrajudicial (Lei nº 11.441/07) e o divórcio colocam fim à sociedade conjugal.

Entretanto, diante do novo conceito de família que é baseado na autonomia privada, no afeto, na publicidade e na estabilidade das relações, conforme trabalhado no Capítulo 1, é de se admitir que a separação de fato também coloque fim à sociedade conjugal, pois não é mais possível proteger uma entidade familiar que só existe no papel, por meio de uma certidão de casamento, e ignorar a realidade fática.

A família que merece a proteção do Estado é aquela que compreende um ambiente eudemonista, estável, ostensivo e baseado na comunhão de vida, favorável ao livre desenvolvimento das pessoas. A ausência desses elementos fará com que a família deixe de existir e, consequentemente, deixe de produzir efeitos na órbita do Direito como tal. Não resta dúvida de que a separação de fato entre os cônjuges coloca fim ao objetivo de constituição de família e, por isso, também deve colocar fim à sociedade conjugal. Assim, é possível defender que os bens adquiridos após a separação de fato não se comunicam, pois foram adquiridos sem o esforço comum. Admitir a divisão de tais bens caracterizaria, sem sombra de dúvida, enriquecimento sem causa.[563]

Defende-se, portanto, que a separação de fato seja mais uma causa de dissolução da sociedade conjugal. Diversas decisões, algumas, inclusive, anteriores ao Código Civil de 2002, já acolhem esse entendimento:

> DIVÓRCIO DIRETO – Comunhão universal. Partilha. Bens adquiridos após a separação de fato não se comunicam. Aquisição de bens posteriormente à separação de fato não implica em comunicabilidade, mormente quando decorrentes de herança, ainda que o casamento seja pelo regime da comunhão universal. É orientação jurisprudencial pacífica hoje que a ruptura efetiva da vida em comum põe termo também ao regime de bens do casamento. Recurso desprovido. [564]
>
> CASAMENTO (efeitos jurídicos). Separação de fato (5 anos). Divórcio direto. Partilha (bem adquirido após a separação). Em tal caso, tratando-se de aquisição após a separação de fato, à conta de um só dos cônjuges, que tinha vida em comum com outra mulher, o bem adquirido não se comunica ao outro cônjuge, ainda quando se trate de casamento sob o regime da comunhão universal. Precedentes do STJ: por todos, o REsp-140.694, DJ de 15.12.97. Recurso especial não conhecido.[565]
>
> DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO DE FATO. PARTILHA DE BENS. 1. Não integram o patrimônio, para efeito da partilha, uma vez decretado o divórcio direto, os bens

563 Mais esclarecimentos sobre os efeitos patrimoniais da separação de fato podem ser obtidos no item 7.6 desta obra.

564 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *REsp 127.077 – ES – (97.244415)* – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 10.11.199711.10.1997

565 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma – *REsp 67678/RS* – Rel. Min. Nilson Naves – Data do Julgamento: 19/11/1999

havidos após a prolongada separação de fato. 2. Recurso especial conhecido e provido.[566]

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. PRESCRIÇÃO EXTINTIVA. ESCOAMENTO DO PRAZO PARA DEDUÇÃO DE PRETENSÃO. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. FORMA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE. DISTINÇÕES. CAUSA IMPEDITIVA DE FLUÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE ÀS PRESCRIÇÕES EXTINTIVAS E AQUISITIVAS. CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL E FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL. CAUSA IMPEDITIVA DA PRESCRIÇÃO QUE CESSA COM A SEPARAÇÃO JUDICIAL, COM O DIVÓRCIO E TAMBÉM COM A SEPARAÇÃO DE FATO POR LONGO PERÍODO. TRATAMENTO ISONÔMICO PARA SITUAÇÕES DEMASIADAMENTE SEMELHANTES. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA CONFIGURADA. APURAÇÃO DOS DEMAIS REQUISITOS CONFIGURADORES DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. NECESSIDADE DE REJULGAMENTO DA APELAÇÃO. 1- Ação distribuída em 31/07/2014. Recurso especial interposto em 31/03/2017 e atribuído à Relatora em 15/09/2017. 2- O propósito recursal consiste em definir se a separação de fato do casal é suficiente para cessar a causa impeditiva da fluência do prazo prescricional prevista no art. 197, I, do CC/2002, e, assim, para deflagrar o cômputo do prazo para a prescrição aquisitiva do imóvel previsto no art. 1.240 do CC/2002. 3- Duas espécies distintas de prescrição são reguladas pelo CC/2002: a extintiva, relacionada ao escoamento do lapso temporal para que se deduza judicialmente pretensão decorrente de violação de direito (arts. 189 a 206) e a aquisitiva, relacionada a forma de aquisição da propriedade pela usucapião (arts. 1.238 a 1.244). Precedente. 4- A causa impeditiva de fluência do prazo prescricional prevista no art. 197, I, do CC/2002, conquanto topologicamente inserida no capítulo da prescrição extintiva, também se aplica às prescrições aquisitivas, na forma do art. 1.244 do CC/2002. 5- A constância da sociedade conjugal, exigida para a incidência da causa impeditiva da prescrição extintiva ou aquisitiva (art. 197, I, do CC/2002), cessará não apenas nas hipóteses de divórcio ou de separação judicial, mas também na hipótese de separação de fato por longo período, tendo em vista que igualmente não subsistem, nessa hipótese, as razões de ordem moral que justificam a existência da referida norma. Precedente. 6- Sendo incontroverso o transcurso do lapso temporal quinquenal entre a separação de fato e o ajuizamento da ação de usucapião, mas não tendo havido a apuração, pelas instâncias ordinárias, acerca da presença dos demais pressupostos configuradores da usucapião, impõe-se a devolução do processo para rejulgamento da apelação, afastada a discussão acerca da prescrição aquisitiva. 7- Recurso especial conhecido e provido, para determinar que seja rejulgada a apelação e examinada a eventual presença dos demais requisitos da usucapião especial urbana.[567] (grifo nosso)

Pode-se citar, ainda, como argumento favorável à tese de que a separação de fato também coloca fim à sociedade conjugal, o disposto no art. 1.723, § 1º, do Código Civil que, privilegiando relacionamento ostensivo, permite que uma pessoa casada, porém separada de fato, constitua uma união estável. Está clara e adequada a opção do legislador de proteger a realidade fática, em detrimento da situação jurídica com ela não correspondente. Em reforço, ainda se encontra o artigo 1.683

566 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma - *REsp 40785/RJ* – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Data do Julgamento: 19/11/1999.

567 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1693732/MG*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020.

do mesmo diploma civil, ao considerar o fim da convivência como o termo a ser considerado para apuração dos aquestos.

No mesmo sentido, vale sublinhar o artigo 1.240-A do Código Civil[568], acrescido pela Lei nº 12.424/2011. Admitir a possibilidade de usucapião familiar sobre propriedade que o(a) possuidor(a) divide com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, é claramente pressupor que a relação conjugal é finda. Seja pela própria forma de referenciar o cônjuge não residente (como ex-), seja por admitir correr prescrição entre este e o cônjuge permanente.

Contudo, no caso de usucapião familiar, além do abandono do lar, deve-se verificar também a cessação da composse, nos termos do Enunciado 664 aprovado na IX Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e da sua respectiva justificativa: "Art. 1.240-A: O prazo da usucapião contemplada no art. 1.240-A só iniciará seu curso caso a composse tenha cessado de forma efetiva, não sendo suficiente, para tanto, apenas o fim do contato físico com o imóvel. Justificativa: em que pese o dispositivo legal referir-se ao abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, por tratar-se de hipótese de composse (art. 1.199, CC/02), somente quando esta efetivamente cessar, a usucapião familiar poderá consumar-se. Assim, ainda que não mais exerça a posse direta sobre o imóvel, o ex-cônjuge ou ex-companheiro não deixará de ser compossuidor caso siga arcando com despesas do imóvel, tais como cobranças de cota condominial ou IPTU. Em tal caso, haveria, na verdade, um desdobramento da posse entre direta e indireta, e não o fim da composse, passível de dar ensejo ao decurso do prazo de prescrição aquisitiva em favor do ex-cônjuge ou companheiro que segue residindo no imóvel."

Portanto, parece indiscutível que o término fático e definitivo da comunhão de vida dos cônjuges é mais uma forma, reconhecida, inclusive, pelo sistema normativo, de finalizar a sociedade conjugal.

## 8.2 A dissolução do vínculo conjugal e o sistema dual ou binário

O Brasil adotava, até a Emenda Constitucional nº 66/10, o sistema dual, também conhecido como sistema binário, para se pôr fim ao vínculo matrimonial. Por meio de tal sistema, a não ser nas hipóteses de divórcio direto e morte, real ou presumida, para se colocar fim ao casamento válido era necessário passar primeiro pela separação judicial (ou extrajudicial – Lei nº 11.441/07) e, depois, convertê-la em divórcio.

---

568 "Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011). § 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez."

A justificativa que se apresentava para a adoção de tal sistema era permitir que os cônjuges, depois da separação judicial (ou extrajudicial), tivessem um tempo para refletir diante da importante decisão que é pôr fim ao casamento. Entretanto, a obrigatoriedade de separação judicial ou de qualquer prazo como condição necessária para a obtenção do divórcio não se sustentava mais, conforme será demonstrado adiante.

O Código Civil de 1916 só reconhecia como família o casamento. Como importante entidade social, com forte influência religiosa, principalmente da Igreja Católica, a família matrimonial deveria ser preservada sempre. Na verdade, o casamento – que era sinônimo de família – havia de ser mantido a todo custo. Afinal, a dissolubilidade do casamento representaria ofensa ao dogma religioso e significaria comprometimento do patrimônio familiar.

Contudo, com a evolução da sociedade brasileira, de rural para urbana, com o acesso da mulher ao mercado de trabalho, com a revolução sexual proporcionada com a descoberta da pílula anticoncepcional, além de outros fatores sociais importantes, a velha estrutura familiar, fundada no casamento indissolúvel, começou a ser questionada.

Em 28 de junho de 1977, a Emenda Constitucional n.º 9, que deu nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967, introduziu, de maneira tímida, o divórcio no Brasil, que foi posteriormente regulado pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 – denominada Lei do Divórcio.

Ocorre que, diante das interferências religiosas que temiam pela extinção da família, apesar de admitido, não era tão simples conseguir o divórcio de acordo com a Lei nº 6.515/77, pois, como forma de contornar a resistência da ala conservadora do Congresso e da sociedade, que não aceitava o divórcio, a separação judicial foi apresentada como uma figura intermediária, em substituição ao antigo desquite.

O recém-criado divórcio ficou condicionado a um tempo longo de separação judicial (3 anos) ou de separação de fato (5 anos). Além disso, conforme a redação original da Lei nº 6.515/77, em seu artigo 38, só se permitia o divórcio uma única vez.

Após a promulgação da Carta Magna de 1988, a Lei do Divórcio foi alterada pelas Leis nº 7.841/89 e nº 8.408/92 para se adaptar ao artigo 226, §6º da Constituição Federal de 1988 que estabelecia: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos." Assim, houve a redução dos prazos antes vigentes, tanto para o divórcio direto, quanto para o indireto. A Lei nº 7.841/89 também revogou o artigo 38 da Lei do Divórcio e permitiu, assim, que qualquer pessoa pudesse se divorciar mais de uma vez.

## 8.3 Separação e divórcio antes da Emenda Constitucional nº 66/10

Conforme já exposto, o Código Civil de 2002 adotou o sistema binário ou dual para se pôr fim ao vínculo conjugal. Por meio de tal sistema, a não ser nas hipóteses de divórcio direto e morte, real ou presumida, para se colocar fim ao casamento válido era necessário passar primeiro pela separação judicial (ou extrajudicial – Lei

nº 11.441/07) e, depois, convertê-la em divórcio. Além disso, o Código Civil admitiu várias hipóteses de separação, com diferentes requisitos, e duas espécies de divórcio, direto ou indireto. As várias espécies de separação e divórcio serão apresentadas a seguir, conforme o disposto no Código Civil, sem que seja feita, nesse momento, nenhuma interpretação conforme a Emenda Constitucional nº 66/10. Todos os efeitos produzidos na separação e no divórcio a partir da Emenda Constitucional nº 66/10 serão estudados no item 8.4 e seguintes deste Capítulo.

### 8.3.1 Separação consensual no Código Civil (sem os efeitos da Emenda Constitucional nº 66/10)

A separação consensual, também conhecida como separação amigável, é a que se faz diante do mútuo consentimento dos cônjuges. Como requisito para a separação consensual, além do consenso, exige o artigo 1.574 do Código Civil que os cônjuges estejam casados por mais de um ano.

### 8.3.2 Separação judicial litigiosa no Código Civil (sem os efeitos da Emenda Constitucional nº 66/10)

Não havendo consenso entre os cônjuges sobre as cláusulas de uma separação consensual (guarda, pensão alimentícia, regime de visitas etc.), ou, ainda, se um quisesse a separação e o outro não, o caminho a ser seguido era o da separação judicial litigiosa.

A separação judicial litigiosa, de acordo com o Código Civil, pode ocorrer de três formas: separação judicial litigiosa com culpa (sanção), separação judicial litigiosa falência e separação judicial litigiosa remédio.

#### 8.3.2.1 Separação judicial litigiosa com culpa ou sanção no Código Civil (sem os efeitos da Emenda Constitucional nº 66/10)

Inicialmente, cumpre destacar que realmente houve uma justificativa axiológica para o relevo dado à culpa pelo ordenamento jurídico brasileiro na dissolução da sociedade conjugal. Gustavo Tepedino, de forma clara, resume:

> O casamento era assim valorado como um bem em si mesmo, necessário à consolidação das relações sociais, independentemente da realização pessoal dos seus membros. O rompimento da sociedade conjugal, portanto, afigurava-se como o esfacelamento da própria família, reprovado socialmente, a despeito das causas subjetivas que o motivaram. [...] o vínculo matrimonial deveria ser preservado, na lógica do Código, mesmo se os cônjuges individualmente já não mantivessem qualquer vida em comum [...].[569]

569 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*:

O fim do casamento, na verdade, representava inegavelmente um pecado, pois colocava em risco a paz social. E, como todo pecado, deveria sujeitar a castigo os contraventores, daí porque chamada de *separação sanção*.

O Código Civil de 1916 estabelecia como causas para o desquite[570] litigioso as seguintes hipóteses: o adultério, a tentativa de morte, as sevícias, a injúria grave e o abandono voluntário do lar, pelo prazo de dois anos consecutivos. Tais hipóteses eram taxativas e o desquite litigioso só poderia ser concedido, comprovando-se pelo menos uma delas.

A Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77, em seu artigo 5º, estabeleceu que a separação judicial litigiosa com culpa poderia ser pedida por um só dos cônjuges, quando imputasse ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento e tornasse insuportável a vida em comum.

Com isso, a Lei do Divórcio ampliou as causas que autorizavam a separação judicial litigiosa com culpa, também denominada de *separação sanção*, e estabeleceu mais um requisito para sua concessão, qual seja a insuportabilidade da vida em comum.

O Código Civil de 2002, no artigo 1.572, exige para a separação judicial litigiosa com culpa a comprovação da prática de qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. O artigo 1.573 enumera algumas hipóteses que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal, condenação por crime infamante e conduta desonrosa. O juiz, conforme o disposto no parágrafo único do artigo 1.573 poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Portanto, diante da necessidade de se discutir e provar a culpa de pelo menos um dos cônjuges, percebe-se que não era tão simples obter a chamada *separação sanção*.

Além disso, na tentativa de se achar um culpado pela dissolução da sociedade conjugal, os conflitos de família, na maioria das vezes, não têm fim. Na verdade, ao discutir a culpa, os cônjuges tendem a acirrar ainda mais os ânimos, pois, na ânsia de provar que o outro é o culpado, cada um dá asas à sua imaginação e um simples acontecimento do passado transforma-se num grave descumprimento de um dever do casamento.

Para provar aquilo que está sendo alegado a respeito do outro cônjuge, muitas vezes, familiares e vizinhos serão chamados para participar como testemunhas.[571]

---

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 384.

570 A partir da Lei do Divórcio – Lei nº 6.515/77 – a palavra desquite foi substituída pela expressão *separação judicial*. Tentou-se com a mudança do nome diminuir a carga de preconceito que a palavra 'desquite' representava para a sociedade da época. Apresentar-se como uma pessoa desquitada, principalmente para as mulheres, era no mínimo constrangedor diante dos valores morais daquela época.

571 De acordo com o art. 447, § 2º, I, do CPC/15, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa (como é o caso da separação e do divórcio), se não se puder obter de outro modo a prova, os parentes, até mesmo os ascendentes e descendentes, poderão depor como testemunhas.

Assim, o que era apenas um conflito de interesses entre marido e mulher já se transforma numa batalha que extrapola o lar conjugal.

Seja qual for a decisão do juiz, certo é que pelo menos uma das partes não ficará satisfeita, e é possível que consiga desagradar às duas partes. Por isso, não raro será o retorno aos tribunais para propor uma revisional de alimentos, uma modificação de guarda, horário de visita, entre outros.

Percebe-se que a discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal dificulta ainda mais o relacionamento das partes envolvidas no conflito e, consequentemente, piora o convívio familiar pós-separação. Por isso, dado o alto grau de subjetividade que envolve qualquer relacionamento amoroso, resta saber se é possível identificar um culpado pela dissolução da sociedade conjugal.

### 8.3.2.1.1 Pode existir um culpado na dissolução da sociedade conjugal?

A questão proposta diz respeito à possibilidade, ou não, de se achar um culpado pelo fim do relacionamento amoroso. Ora, se, por exemplo, um cônjuge traiu o outro, não há como negar, de acordo com o Código Civil vigente, que ele é culpado, pois descumpriu um dos deveres do casamento, a fidelidade recíproca. Entretanto, será que é possível afirmar que apenas um dos cônjuges é culpado? Trata-se de um relacionamento envolto de aspectos subjetivos, muitas vezes, só revelados entre quatro paredes. Qual o tratamento que o intitulado cônjuge inocente dispensava ao cônjuge culpado? Além do mais, será que é possível culpar alguém pelo fim do amor? Conforme atesta Cristiano Chaves de Farias:

> [...] Não passa, pois, de uma fantasia, um fetiche, achar que seria possível descobrir o responsável pelo fim do laço afetivo. Até porque, nem sempre o 'traidor' é o culpado e o 'traído' a vítima. Em passagem memorável, CHICO BUARQUE DE HOLANDA declamava 'te perdoo por te trair'. Ainda que fossem obrigados os consortes a 'assistir' ao filme do próprio casamento, não conseguiriam eles próprios, após a 'sessão', afirmar quem errou mais ou menos.[572]

Basta ouvir as alegações de cada cônjuge em separado para se chegar à conclusão de que a busca pelo culpado é inviável. Trata-se de pessoas fragilizadas emocionalmente. Por isso, é sempre mais fácil identificar o outro como responsável pelo fim familiar. Como observa Rodrigo da Cunha Pereira,

> O Judiciário é o lugar onde as partes depositam seus restos. O resto do amor e de uma conjugalidade que deixaram a sensação de que alguém foi enganado, traído. Como a paixão arrefeceu e o amor obscureceu, o "meu bem" transforma-se em 'meus bens'. É impressionante como as versões de um mesmo casamento apresentam-se completamente diferentes, segundo o ângulo de cada parte. Quem terá razão nesse fim de casamento? Existe uma verdade para o litígio conjugal ou são apenas versões

---

572 FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de permanecer casado (ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas). *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, n. 18, p. 49-82, jun./jul. 2003, p. 72.

> que fazem aversões? O Direito insiste em dizer que existe um culpado. Em geral, essa culpa é atribuída àquele que teve uma relação extraconjugal. Muitas vezes, este culpado da separação foi, de alguma forma, 'empurrado' a fazer isso, pela falta de afeto e carinho, e se o fez é porque a relação já havia acabado. É a velha história: quem veio primeiro, o ovo ou a galinha? Em outras palavras, quem traiu primeiro: aquele que não deu carinho e afeto, propiciando um espaço e esvaziando o relacionamento ou, quem foi buscar fora do casamento outra relação? Aquilo que o Direito considera como causa de uma separação pode não ser a causa, mas a consequência.[573]

Diante de toda complexidade e intimidade que envolve um relacionamento amoroso, dúvida não há de que raramente se terá apenas um culpado pelo seu fim, podendo, por vezes, nem sequer haver um culpado.

## 8.3.2.1.2 Os efeitos da culpa na dissolução da sociedade conjugal de acordo com o Código Civil (análise anterior à Emenda Constitucional nº 66/10)

A despeito de todos os inconvenientes e de todas as dificuldades que a pesquisa da culpa traz, diante da possibilidade real de ela ser atribuída a um dos cônjuges ou a ambos, na dissolução da sociedade conjugal, resta saber se produz ou deve produzir algum efeito no âmbito do direito das famílias. Para se chegar a alguma conclusão serão analisadas, com fulcro no Código Civil, as cláusulas que normalmente são discutidas na dissolução da sociedade conjugal (divisão do patrimônio; guarda dos filhos menores; alimentos para os filhos e para o cônjuge; e uso do sobrenome do outro cônjuge).

### 8.3.2.1.2.1 Divisão do patrimônio na separação com culpa de acordo com o Código Civil

O primeiro aspecto, divisão do patrimônio, em nada é afetado pela discussão da culpa, ou seja, a divisão do patrimônio é feita de acordo com o regime de bens adotado, não importa se um cônjuge é considerado culpado ou inocente pela separação.

### 8.3.2.1.2.2 A guarda dos filhos na separação com culpa de acordo com o Código Civil

Em relação ao segundo aspecto, guarda dos filhos menores, há muito que a identificação de um culpado pela separação não interfere na estipulação da guarda.

573 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 70-71.

De acordo com o artigo 326, §§ 1º e 2º, do Código Civil de 1916, os filhos menores ficariam sob a guarda do cônjuge inocente. Se ambos fossem culpados, a mãe teria o direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. Os filhos maiores de seis anos seriam entregues à guarda do pai.

Martinho Garcez Filho, reproduzindo o pensamento da época, assim justificava a regra transcrita acima:

> A ambos os paes, segundo as leis naturaes, assistem iguaes direitos, mas é necessario examinar se ambos são dignos e merecedores da mesma confiança. Sendo um delles innocente e o outro culpado, os filhos menores ficarão com o que não deu motivo ao rompimento da sociedade conjugal, não conspurcando o lar, e que soube com dignidade respeitar os deveres conjugaes.[574]

O artigo 326 do Código Civil de 1916, com a Lei nº 4.121/62, recebeu nova redação e passou a estabelecer a guarda dos filhos menores no desquite judicial da seguinte forma:

> Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.
> § 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.
> § 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro, a que, entretanto, será assegurado o direito de visita.

Como se pode constatar, a preferência em se atribuir a guarda dos filhos menores ao cônjuge inocente é clara, entretanto, mesmo diante da estrutura patrimonialista do Código Civil de 1916, era possível identificar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no estabelecimento da guarda judicial. É a conclusão a que se chega após a leitura do texto original do art. 327 do referido Código, que estabelecia: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.”

Com a Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77, não houve mudança substancial dos critérios determinantes da guarda dos filhos menores. Apenas no lugar de atribuir preferencialmente a guarda ao cônjuge inocente, o artigo 10 da referida Lei determinava que os filhos menores ficariam com o cônjuge que não houvesse dado causa à separação judicial litigiosa.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também pode ser encontrado na Lei do Divórcio, quando estabelece, no art. 13, que, “se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por

574 GARCEZ FILHO, Martinho. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1932, v. 2, p. 63.

maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais."

O princípio da proteção integral foi estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, podendo ser vislumbrado também nos artigos 1º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, e, agora, no art. 1.584 do Código Civil de 2002.

A diferença é que não mais se fala na culpa e na inocência dos cônjuges como critérios determinantes da guarda dos filhos menores. O único critério utilizado na estipulação da guarda é esse princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (proteção integral).

Assim, a guarda dos filhos menores[575] deve ser sempre estabelecida em seu estrito favorecimento (art. 227 da CF/88 e art. 1.584 do CC/02). Determinado cônjuge pode ter descumprido um dever do casamento, ser considerado pelos dispositivos do Código Civil culpado pela separação e, no entanto, ser um ótimo pai ou uma ótima mãe. O que deve ficar claro é que, não necessariamente, o cônjuge culpado pela separação perde a guarda dos filhos menores. Portanto, hodiernamente, é possível afirmar que a discussão da culpa, pelo descumprimento de um dos deveres conjugais, na dissolução da sociedade conjugal, não interfere na definição da guarda dos filhos menores.

## 8.3.2.1.2.3 O nome do cônjuge na separação com culpa de acordo com a interpretação literal do Código Civil

O artigo 56, § 4º, do Decreto nº 181, de 1890, conferia à mulher casada o direito de usar do nome da família do marido, portanto tinha ela a faculdade de não o usar.

Já o Código Civil de 1916, em seu artigo 240, determinava que a mulher assumia, pelo casamento, os apelidos do marido. Assim, com o casamento, a mulher passou a ser obrigada a adotar o patronímico do marido.

A Lei do Divórcio deu nova redação ao artigo 240 do Código Civil de 1916, suprimindo a referência à assunção, pela mulher, dos apelidos do marido e acrescentou o parágrafo único no referido artigo com a seguinte redação: "Art. 240. Parágrafo único. A mulher <u>poderá</u> acrescer aos seus os apelidos do marido." (grifo nosso).

Diante da igualdade entre homens e mulheres estabelecida na Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.565, § 1º, estabelece: "Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro."

Até o Código Civil de 2002 entrar em vigor, a regra era clara: vencida na ação de separação judicial, a mulher voltava a usar o nome de solteira (art. 234 do CC/16[576] e art. 17 da Lei nº 6.515/77[577]).

575 Sobre a guarda, recomendamos a leitura do capítulo 13 e, em especial, do tópico 13.4, no qual se discorre sobre a guarda compartilhada.

576 "Art. 324. A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido (art. 240)."

577 "Art 17 - Vencida na ação de separação judicial (art. 5º '*caput*'), voltará a mulher a usar o

De acordo com Sílvio Rodrigues, "o art. 92 do Decreto nº 181, de 1890, era mais severo, pois declarava que se a mulher, condenada na ação de divórcio, continuasse a usar o nome do marido, poderia ser por ele acusada como incursa nos arts. 301 e 302 do Código Criminal[578] (a referência era ao Código Criminal de 1830, ao depois revogado pelo Dec. nº 817, de 11/10/1890)."[579]

O Código Civil de 2002 não abandonou a discussão de culpa, mas, nesse ponto, abrandou os efeitos, pois é possível que o cônjuge culpado pela separação judicial continue usando o sobrenome do cônjuge inocente se provar que a sua retirada vai causar evidente prejuízo para a sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, ou dano grave reconhecido na decisão judicial, de acordo com o artigo 1.578.[580]

Contudo, constata-se, na prática, que, para esse fim, a discussão da culpa, na maioria das vezes, não terá serventia. Geralmente, quando ocorre a separação judicial, o cônjuge que adotou o sobrenome do outro pede para voltar a usar o nome de solteiro. Portanto, apenas para uma parcela pequena da população a permanência do uso do sobrenome do outro cônjuge é querida. Para a maioria, o desejo é justamente o oposto, ou seja, de retirá-lo.

### 8.3.2.1.2.4. Os alimentos na separação com culpa de acordo com a interpretação literal do Código Civil

Para o sustento dos filhos, independentemente da discussão de culpa, os pais devem contribuir proporcionalmente. Em relação ao cônjuge, diferentemente, a discussão de culpa poderá ter alguma consequência alimentar, de acordo com o disposto no Código Civil, como será demonstrado adiante.

Até a entrada em vigor desse diploma de 2002 a regra era simples: o cônjuge culpado não tinha direito a alimentos (art. 320 do Código Civil[581] de 1916 e art. 19

---

nome de solteira."

578 Código Criminal de 1830: "Art. 301. Usar de nome supposto, ou mudado, ou de algum título, distinctivo, ou condecoração, que não tenha. Pena de prisão por dez a sessenta dias, e multa correspondente à metade do tempo. Art. 302. Se em virtude do sobredito uso se tiver obtido o que de outro modo se não conseguiria. Pena - a mesma, em que incorreria o réu, se obtivesse por violencia."

579 RODRIGUES, Sílvio. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 123.

580 "Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:
I - evidente prejuízo para a sua identificação;
II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;
III - dano grave reconhecido na decisão judicial.
§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.
§ 2º Nos demais casos, caberá a opção pela conservação do nome de casado."

581 "Art. 320. No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar."

da Lei do Divórcio[582]). Com a redação do *caput* do art. 1.704 do Código Civil atual é possível concluir que a regra foi mantida, ou seja, o cônjuge inocente tem e o cônjuge culpado não tem direito a alimentos. A novidade que abrandou os efeitos dessa regra encontra-se no seu parágrafo único, já que por esse dispositivo é possível que o cônjuge, mesmo culpado pela separação judicial, que não tenha parentes em condição de prestar-lhe alimentos, nem aptidão para o trabalho, receba do cônjuge inocente os alimentos indispensáveis à sobrevivência. Portanto, ao cônjuge culpado só cabem, quando preenchidos os requisitos legais, os chamados alimentos naturais.[583]

Não obstante essa alternativa, cabe constatar que é cada vez mais comum a independência financeira entre os cônjuges. Sendo assim, cada um tendo a sua profissão e sua fonte de renda, independentemente de culpa ou não, indevidos fatalmente serão os alimentos.

Algumas legislações estrangeiras já ignoram a culpa como fator influenciador na procedência ou na improcedência do pedido de alimentos entre os cônjuges ou no valor da pensão. Na Espanha,[584] bem como na Alemanha,[585] a análise da culpa é irrelevante na determinação da pensão alimentícia entre os cônjuges.

### 8.3.2.2 Separação judicial litigiosa falência

A separação judicial litigiosa falência é também denominada de separação denúncia vazia ou consumação. Dá-se em razão da ruptura da vida em comum há mais de um ano, com impossibilidade de sua reconstituição. Portanto, de acordo com os requisitos estabelecidos no § 1º do artigo 1.572 do Código Civil, nesse tipo de separação, o próprio legislador dispensou a análise da culpa.

Trata-se, dessa forma, das modalidades de separação judicial estabelecidas no diploma civil, a única que não apenas respeita, mas se sustenta na ideia de que o casamento acaba pela deterioração factual que sofre.

582 "Art. 19 - O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar."

583 Classificam-se os alimentos em naturais e civis. Os naturais são aqueles indispensáveis à mantença da vida (*necessarium vitae*). Já os alimentos civis ou côngruos são fixados em função dos haveres do alimentante e da qualidade e situação do alimentário, destinando-se a suprir as necessidades básicas de sobrevivência, bem como as intelectuais e morais (*necessarium personae*). Os alimentos civis foram estipulados como regra no Código Civil de 2002, conforme pode ser constatado na leitura do Art. 1.694 que estabelece: "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação." Portanto, somente em caráter excepcional (na hipótese de discussão de culpa) devem ser estipulados os alimentos naturais. Nas demais hipóteses, devem prevalecer os alimentos civis.

584 LASARTE, Carlos. A pensão derivada da separação ou do divórcio na experiência espanhola. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 98.

585 QUEIROZ, Mônica Cristina. *A discussão da culpa na separação judicial*: o amor não transita em julgado. 2005. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

#### 8.3.2.3 Separação judicial litigiosa remédio

A separação judicial litigiosa remédio pode ser pedida quando um cônjuge for acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável, é o que estabelece o § 2º do artigo 1.572 do Código Civil.

##### 8.3.2.3.1 Possibilidade de efeito patrimonial negativo na separação remédio

De acordo com o § 3º do artigo 1.572 do Código Civil, na hipótese de separação remédio, reverterão ao cônjuge enfermo que não houver pedido a separação os remanescentes dos bens que levou para o casamento e, se o regime de bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Conforme alerta Sílvio Rodrigues, "embora a redação do dispositivo se apresente ampla, na realidade ela é simples, pois só se aplica ao regime da comunhão universal de bens."[586] De fato, nas hipóteses de comunhão parcial, separação de bens e participação final nos aquestos, a regra é a não comunicação dos bens adquiridos antes do casamento, por isso o disposto no § 3º do artigo 1.572 do Código Civil não produz nenhum efeito prático nos casamentos celebrados sob tais regimes de bens.

O único regime que determina a divisão dos bens adquiridos antes do casamento é o da comunhão universal e, por isso, somente nesse regime, na hipótese de separação remédio, o cônjuge enfermo poderá ter uma vantagem patrimonial, já que os bens que levou para o casamento ou o remanescente deles não serão divididos com o outro cônjuge enquanto os demais bens, quer tenham sido adquiridos na constância do casamento, quer não tenham, serão igualmente partilhados. Assim, se o cônjuge sadio que pediu a separação remédio houver levado bens para o casamento, terá de dividi-los, juntamente com os adquiridos na constância do casamento, com o cônjuge enfermo, mas não terá direito à meação dos bens que o cônjuge enfermo levou para o casamento.

Fica evidente a atuação punitiva do Estado àquele cônjuge que não cumpriu com o dever de mútua assistência.

#### 8.3.2.4 A revogação da cláusula de dureza nas separações falência e remédio

Criação do Direito francês, a cláusula de dureza foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 6º da Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77. Segundo essa cláusula, nos casos de separação falência e de separação

586 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 257-258.

remédio, a separação judicial poderia ser negada, se constituísse, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinasse, em qualquer caso, consequências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.

O Código Civil de 2002 não recepcionou a cláusula de dureza nas hipóteses de separação falência e de separação remédio. Portanto, preenchidos os critérios objetivos descritos em lei para a concessão da separação falência e da separação remédio, o juiz não tem outra hipótese a não ser decretar a separação.

De fato, diante do conceito atual de família, que tem por função básica proporcionar a formação pessoal de cada um dos seus membros, não é lícito ao Estado passar por cima da vontade do indivíduo e impor a permanência de uma entidade familiar.

### 8.3.3 Divórcio

De acordo com o Código Civil de 2002, são dois tipos de divórcio: o indireto e o direto. O divórcio indireto ocorre quando se pede a conversão da separação judicial em divórcio. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou um ano da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer a conversão da separação judicial em divórcio.

A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges pode ser consensual ou litigiosa. Sendo litigiosa, só se poderá alegar na contestação a falta de decurso do prazo de um ano da separação judicial ou da cautelar da separação de corpos. O não cumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação (art. 36, parágrafo único, II, da Lei nº 6.515/77) não é mais motivo para se impedir a conversão de uma separação judicial em divórcio. É que, desde a Constituição de 1988, o único requisito exigido para o divórcio, seja direito ou indireto, é o decurso de prazo.

O divórcio direto poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

## 8.4 Separação e divórcio a partir da Emenda Constitucional nº 66/10

Apesar da redução dos prazos e da simplificação dos procedimentos para se pedir a separação e o divórcio, ainda assim, a nova estrutura familiar que se apresenta socialmente e é reconhecida pela Constituição de 1988 desaconselha o cumprimento de qualquer prazo ou condição para se pôr fim ao vínculo matrimonial.

O livre desenvolvimento da personalidade é condição elementar para que um indivíduo se constitua como pessoa. Por isso, as relações familiares devem ser edificadas, mantidas ou desconstituídas respeitando-se a garantia da autodeterminação. O direito de se colocar fim ao vínculo conjugal, por meio do

divórcio, não deve sofrer limitação temporal ou qualquer outra condição, como ser obrigatoriamente precedido por outra providência paliativa.

Nesse diapasão, a Emenda Constitucional nº 66/10 deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

De acordo com a nova redação do §6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio." Portanto, hodiernamente, não se discute mais o fato de o marido e/ou a mulher poderem pedir, diretamente, o divórcio, simplesmente fazendo uso da autonomia privada, sem qualquer prazo ou condição. Não se contesta que, agora, o divórcio possa ser concedido sem separação judicial ou extrajudicial e sem separação de fato prévias.

De fato, o Estado não deve impor quaisquer obstáculos para que pessoas maiores e capazes, por livre e espontânea vontade, coloquem fim ao vínculo conjugal. Afinal, a liberdade que existe para constituir a entidade familiar deve existir para desconstituí-la.

Contudo, o que se questiona é se a ausência de obrigatoriedade de separação judicial ou de separação de fato para a obtenção do divórcio significa, também, a extirpação da separação judicial e da separação extrajudicial do ordenamento jurídico brasileiro.

Para a doutrina majoritária a resposta é afirmativa. No entanto, defende-se nesta obra a permanência no ordenamento jurídico brasileiro, desde que sem qualquer caráter de obrigatoriedade, da possibilidade jurídica de se obter a separação judicial ou a separação extrajudicial. Considerando o aspecto didático da obra, as duas correntes contraditórias serão expostas a seguir.

### 8.4.1. Extirpação da separação judicial e da separação extrajudicial do ordenamento jurídico brasileiro: doutrina majoritária

É consenso entre os doutrinadores que já se manifestaram a respeito da Emenda Constitucional nº 66 que não mais existem separação judicial e separação extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro.[587] Decisões judiciais têm contemplado esse entendimento:

587 Nesse sentido: CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631. 2010. Acesso em: 17 jul. 2010; DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628. Acesso em: 14 jul. 2010; GAGLIANO, Pablo Stolze. *A Nova Emenda do Divórcio:* Primeiras Reflexões. 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635. Acesso em: 17 jul. 2010; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*. 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=622. Acesso em: 14 jul. 2010; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O Novo Divórcio no Brasil. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade:* Teoria e Prática do Direito de Família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 469-470; SIMÃO, José Fernando. *A PEC do Divórcio e a Culpa:* Impossibilidade. 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627. Acesso em: 14 jul. 2010.

CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 têm aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido.[588]

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. REVELIA. INTEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO NÃO CONFIGURADA. SEGURO DE VIDA. COBERTURA EM CASO DE MORTE DE CÔNJUGE. CASAL SEPARADO JUDICIALMENTE NO CURSO DA RELAÇÃO CONTRATUAL. RECUSA DA SEGURADORA. PREVISÃO CONTRATUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. BENEFÍCIO ECONÔMICO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 85, §§2º E 8º, DO CPC. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE. APELAÇÕES CONHECIDAS. DESPROVIDA A DO AUTOR. PARCIALMENTE PROVIDA A DA RÉ. 1. Conforme os artigos 224 e 335, inciso I do CPC, o prazo para apresentação de contestação inicia-se da audiência de conciliação, com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento. 2. Realizada a audiência em 12/07/2018, o prazo de 15 dias úteis para defesa iniciou-se em 13/07/2018 (excluindo-se o dia de início) e seu termo final em 02/08/2018, ocasião em que apresentada tempestivamente a defesa. 3. Na interpretação das cláusulas do contrato, o intérprete deve buscar a verdadeira intenção das partes. O seguro de vida contratado exigiu, para pagamento da indenização por morte, que a dependente do segurado ostentasse a condição de cônjuge ao tempo do sinistro. A sociedade conjugal fora extinta há cerca de 15 anos e por força da separação judicial, o que afasta o direito ao recebimento da indenização. <u>4. A separação judicial, instituto existente no ordenamento jurídico brasileiro até a EC n 66/2010,</u> marca o fim da sociedade entre os cônjuges, bem como o fim da condição de dependente, o que exclui o direito ao benefício contratual. 5. Nas causas de valor extraordinário ou inestimável, o Julgador não deve adotar simplesmente o critério automático definido no §2º do art. 85 do CPC, principalmente quando sua aplicação malferir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesses casos, deve-se se socorrer de outro parâmetro igualmente estabelecido pelo legislador, estampado no §8º do art. 85 do CPC, como forma de garantir direitos constitucionais fundamentais, como o de petição e da inafastabilidade da jurisdição, sob pena de figurarem tão somente no plano formal. 6. RECURSOS CONHECIDOS. DESPROVIDO O DO AUTOR E PARCIALMENTE PROVIDO O DO RÉU.[589]

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira,

---

588 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *20100110642513APC*, Relator Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, julgado em 29/09/2010, DJ 07/10/2010, p. 221.

589 DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *Acórdão 1199903, 07044399620188070006*, Relator: Luís Gustavo B. De Oliveira, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 11/9/2019, publicado no DJE: 17/9/2019, grifo nosso.

> É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6º do art. 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência.[590]

Os métodos de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma são utilizados como fundamento para a eliminação da separação judicial e da separação extrajudicial do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme Paulo Luiz Netto Lôbo,

> [...], a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal.
> No que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente. No direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. O § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges.
> No plano da interpretação teleológica, indaga-se quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir sem empeços e sem intervenção estatal na

590 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O Novo Divórcio no Brasil. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade:* Teoria e Prática do Direito de Família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 469-470. O mesmo posicionamento foi mantido pelo autor em sua obra mais recente: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 239, *E-book*.

> intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. Consequentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.[591]

Além disso, a não discussão da culpa na dissolução do vínculo conjugal é colocada como uma das conquistas obtidas com a eliminação da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro. É o que se conclui a partir da justificativa da Proposta de Emenda à Constituição nº 28/09, que resultou na Emenda Constitucional nº 66/10:

> A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. [...]. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. [...]. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.[592]

591 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*. 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=622. Acesso em: 14 jul. 2010. Referida interpretação continua sendo defendida na obra mais atual do autor: LÔBO, Paulo. *Direito civil:* volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

592 BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda Constitucional nº 28, de 2009. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/91651. Acesso em: 14 jul. 10.

Eis os fundamentos e as justificativas que, de acordo com a doutrina majoritária, autorizam concluir que a separação judicial e a separação extrajudicial foram abolidas do ordenamento jurídico brasileiro.

### 8.4.1.1 O fim da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro: questões processuais de acordo com a doutrina majoritária

Diante do entendimento majoritário de que a separação judicial e a separação extrajudicial foram eliminadas do ordenamento jurídico brasileiro a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 66/10, várias são as soluções apresentadas para se colocar fim às ações de separação judicial em curso e impedir que novas sejam ajuizadas ou, ainda, que escrituras públicas de separação sejam lavradas pelos tabeliães de notas.

Para Maria Berenice Dias, nas ações de separação judicial em andamento,

> Cabe ao juiz dar ciência às partes da conversão da demanda de separação em divórcio. Caso os cônjuges silenciem, tal significa concordância que a ação prossiga com a concessão do divórcio. A divergência do autor enseja a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como o juiz proferir sentença chancelando direito não mais previsto na lei. Já o eventual inconformismo do réu é inócuo. Afinal, não é preciso a sua anuência para a demanda ter seguimento.[593]

Adotando solução semelhante, Rodrigo da Cunha Pereira sugere que "os processos judiciais em andamento, sejam os consensuais ou litigiosos, ou os extrajudiciais, isto é, os administrativos (Lei nº 11.441/07) deverão readequar seu objeto e objetivos às novas disposições legais vigentes, sob pena de arquivamento."[594]

Com uma análise mais abrangente, mas que não se distancia das posições anteriores, assim se manifesta Newton Teixeira Carvalho:

> Portanto, se não mais existe separação no Brasil, como ficam as ações ou requerimentos de separação em andamento ou já julgados? Sugerimos o seguinte: a) com relação às separações em andamento, o juiz ou o Tribunal deverá facultar as partes, no prazo de 10 (dez) dias, requerer, nos próprios autos, a conversão da separação em divórcio, inclusive se já prolatada sentença, porém sem o trânsito em julgado. Caso não modificado o pedido de separação para divórcio, aos autos deverão ser extintos, por impossibilidade jurídica do pedido. Não há que se falar em direito adquirido contra a Constituição Federal, mesmo em se tratando de emenda Constitucional. Evidentemente que, se existirem pedidos cumulados, a ação

593 DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628. Acesso em: 14 jul. 2010.

594 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O Novo Divórcio no Brasil. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade:* Teoria e Prática do Direito de Família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 472.

prosseguirá, normalmente, com relação aos pedidos remanescentes e independentes, como por exemplo, alimentos, guarda etc.;
b) no que tange às separações já decretadas, com sentença transitada em julgado, a qualquer momento o divórcio poderá ser pleiteado, em apenso. Enquanto não pleiteado o divórcio, o estado destas pessoas continua como de separado;
c) caso, a partir de hoje, haja pedido de separação, os autos deverão, de plano, ser extintos, por impossibilidade jurídico do pedido, eis que não mais há separação no direito brasileiro.[595]

E, finalmente, na mesma direção, o magistério de Pablo Stolze Gagliano:

> E o que dizer dos processos judiciais de separação em curso, ainda sem prolação de sentença? Neste caso, a solução, em nosso sentir, é simples. Deverá o juiz oportunizar à parte autora (no procedimento contencioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária), mediante concessão de prazo, a adaptação do seu pedido ao novo sistema constitucional, convertendo-o em requerimento de divórcio. Nesse particular, não deverá incidir a vedação constante no art. 264 do CPC, segundo o qual, "feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo". Isso porque não se trata de uma simples inovação de pedido ou da causa de pedir no curso do processo, em desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva e da cooperatividade, que impedem seja uma das partes colhida de surpresa ao longo da demanda. De modo algum. O que sucede, em verdade, é uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se, com isso, adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao próprio princípio do devido processo civil constitucional. Caso se recusem, ou deixem transcorrer o prazo concedido *in albis*, deverá o magistrado extinguir o processo, sem enfrentamento do mérito, por perda de interesse processual superveniente (art. 264, VI, CPC). Se, entretanto, dentro no prazo concedido, realizarem a devida adaptação do pedido, recategorizando-o, à luz do princípio da conversibilidade, como de divórcio, o processo seguirá o seu rumo normal, com vistas à decretação do fim do próprio vínculo matrimonial, na forma do novo sistema constitucional inaugurado a partir da promulgação da Emenda.[596]

Sobre o fato de o CPC de 2015 ter mencionado o termo separação em alguns de seus dispositivos (*separação judicial*, art. 23, III; *separação*, arts. 53, I e 189, II e §2º, 693; *separação de corpos*, art. 189, II; *separação consensual*, arts. 731, 732 e 733), a corrente doutrinária que defende a extinção do instituto tem se valido de argumentos que enfatizam a ineficácia da norma, sua inconstitucionalidade e, ainda, o princípio da proibição do retrocesso social.

Maria Berenice Dias, nesse sentido, argumenta:

---

595 CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro.* 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631. Acesso em: 17 jul. 2010.

596 GAGLIANO, Pablo Stolze. *A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões.* 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635. Acesso em: 17 jul. 2010.

> O fato de o **Código de Processo Civil**, de modo para lá de injustificado, fazer referência à separação, não tem o condão de ressuscitar o instituto já sepultado por todos os tribunais do país. (...) Para não rotular de inconstitucionais tais dispositivos o melhor é reconhecer que todas as referências dizem com a **separação de fato**, que, ao ser decretada judicialmente, transforma-se em **separação de corpos**. Não há outra leitura possível de tais dispositivos. Tais previsões afrontam o **princípio da proibição de retrocesso social**, não existindo permissivo para lei ordinária alterar o comando constitucional. A lei processual estabelece ritos para a busca de tutela de direitos pessoais. Mas, se inexiste direito a ser tutelado, previsões procedimentais não têm o condão de criar ou recriar direitos. São regras absolutamente ineficazes que caem no vazio. A verdade é uma só: a única forma de dissolução do casamento é o divórcio, eis que o instituto da separação foi banido – e em boa hora – do sistema jurídico pátrio.[597]

Também questionando a constitucionalidade dos dispositivos do CPC, Rodrigo da Cunha Pereira lembra que durante a tramitação da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), a separação de fato havia sido suprimida para se adequar à EC 66/2010, tendo sido "ressuscitada" apenas na tramitação final perante a Câmara dos Deputados, por meio de "manobras das forças mais conservadoras".[598] Pereira ainda acrescenta:

> Em outras palavras, se o novo texto do §6º do artigo 226 [da CF/88] retirou de seu corpo a expressão "separação judicial", como mantê-la na legislação infraconstitucional, ou até mesmo reproduzi-la no CPC 2015? (...) A interpretação das normas secundárias, ou seja, da legislação infraconstitucional, seja antecedente a Constituição vigente, ou posterior a ela, devem ser compatíveis com o comando maior da Carta Política. Além disso, vê-se mais uma razão da desnecessidade de se manter o instituto da separação judicial, pois, ainda que se admitisse a sua sobrevivência, a norma constitucional permite que os cônjuges atinjam seu objetivo com muito mais simplicidade e vantagem. Ademais, em uma interpretação sistemática não se pode estender o que o comando constitucional restringiu. Toda legislação infraconstitucional deve apresentar compatibilidade e nunca conflito com o texto constitucional.[599]

Por fim, Flávio Tartuce leciona:

> Assim, apesar de todas as resistências citadas e do infeliz tratamento no CPC/2015, repise-se que, para este autor, não vige mais o sistema bifásico, de extinção da sociedade conjugal e do casamento. Desse modo, os comandos que fazem menção à separação de direito não têm mais aplicação no sistema jurídico nacional. Nesse contexto, continuo a sustentar que as ações em curso de separação judicial, sejam consensuais ou litigiosas, em regra, devem ser extintas sem julgamento do mérito,

---

597 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 535-536, grifos da autora.

598 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 243, *E-book*.

599 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 240, *E-book*.

> por falta de objeto jurídico viável, salvo se já houver sentença prolatada. De toda sorte, diante dos princípios da economia e da fungibilidade, pode o juiz da causa dar oportunidade para que as partes envolvidas adaptem o seu pedido, da separação judicial para o divórcio. Se houver tutela de urgência de separação de corpos em que houve concessão de liminar, permite-se a aplicação do princípio da fungibilidade, podendo tais ações ser convertidas, no sentido de transformadas, em ações de divórcio, uma vez que sua simples extinção pode trazer prejuízos irremediáveis às partes.[600]

Contudo, com fulcro no princípio da autonomia privada e nas regras de hermenêutica, ousa-se discordar daqueles que advogam o fim da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 66. Conforme será demonstrado a seguir, desde que utilizados critérios hermenêuticos adequados, a manutenção da separação judicial e da separação extrajudicial, sem o caráter obrigatório, não tem o condão de permitir a discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal e, também, não fere o princípio da autonomia privada dos cônjuges, pelo contrário, sobreleva a sua importância no Estado Democrático de Direito.

### 8.4.2 A permanência da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro: doutrina minoritária[601]

Indubitavelmente, é possível concluir que a Emenda Constitucional nº 66/10 eliminou qualquer tipo de separação (judicial, extrajudicial ou de fato), como requisito obrigatório para o divórcio. Os cônjuges em conjunto, ou qualquer um deles separadamente, com fulcro tão somente na autonomia privada, podem solicitar o divórcio.

Entretanto, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 66/10 não revogou, expressa ou tacitamente, as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil/1973 (e que persistem no CPC/2015) que autorizam os pedidos de separação judicial consensual ou litigiosa e de lavratura de escritura pública de separação extrajudicial, defende-se que os cônjuges, querendo, podem ainda pedir a separação judicial ou extrajudicial com o objetivo de se colocar fim à sociedade conjugal sem, no entanto, extinguir o casamento. Conforme alerta Alexandre Freitas Câmara, "o instituto não desaparece apenas por não estar mais previsto na Constituição. Ele só

---

600 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito de família. v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 261.

601 Entre os defensores da permanência da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro podem ser citados: CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio.* 12.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 73; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 3 v. p. 519-525; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; NUNES, Dierle. Emenda Constitucional nº 66 e a Possibilidade Jurídica do Pedido de Separação Judicial e de Separação Extrajudicial. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre/Belo Horizonte, n. 18, p. 5-28, out./nov. 2010.

desapareceria se a Constituição o proibisse ou eliminasse expressamente, o que não aconteceu."[602]

Não se nega que, para a maioria das pessoas, não faz sentido, diante da possibilidade do divórcio sem prazo e sem qualquer condição, passar pela separação judicial ou pela separação extrajudicial.

Contudo, tendo em vista a opção do constituinte pelo Estado Democrático de Direito e, portanto, pelo respeito ao pluralismo social e diferentes projetos de vida, torna-se temerário impedir que os cônjuges, caso queiram, adotem solução intermediária antes do fim do vínculo conjugal, ou seja, no lugar de divórcio, prefiram a separação judicial. A atuação estatal e judicial não pode interferir na esfera decisória e privada do cidadão, nos limites que a própria normatividade garante.

De fato, não é possível haver um Estado Democrático sem a vontade da maioria, mas esta não pode significar a supressão da vontade, valores e ideologia dos grupos minoritários. Nesse contexto, surge a discussão acerca das pessoas que necessitam de um tempo para meditar a importante decisão que é pôr fim ao casamento. É fundamental refletir sobre essa questão – aparentemente simples para a doutrina majoritária – sob a ótica do pluralismo. O Direito é um importante instrumento de inclusão social, por isso, é indispensável que essa importante mudança introduzida pela Emenda Constitucional nº 66, ou seja, o direito potestativo de qualquer cônjuge pedir o divórcio direto, imediatamente, não despreze determinados grupos de indivíduos tão somente porque contrariam as expectativas da maioria.

Dessa maneira, soa temerário negar a homologação de um pedido de separação judicial, feito por duas pessoas maiores e capazes que, por convicções religiosas ou de outra ordem, necessitam de tempo para a reflexão e a tomada da decisão definitiva sobre o término do casamento. O respeito à dignidade humana implica o reconhecimento da singularidade de cada indivíduo em uma sociedade multifacetada, afinal, "[...] é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal."[603]

Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino também concluem pela permanência do instituto e lecionam que:

> Por isso, não obstante certa inutilidade e o desuso da separação litigiosa frente à natureza potestativa do divórcio, não se pode afirmar que a separação foi revogada pela Emenda Constitucional 66. Ao propósito, no que toca à separação consensual (judicial e extrajudicial), não se pode falar em inutilidade, na medida que se trata de manifestação de autonomia das partes que, por alguma razão – que não cabe ao Direito perquirir – não pretendem colocar fim definitivo ao vínculo matrimonial, mas tão somente à sociedade conjugal.[604]

---

602 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 3 v. p. 520.

603 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 65.

604 TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos de Direito Civil:*

Além disso, não gera nenhum prejuízo para quem quer que seja a permanência não obrigatória da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico. Conforme constata Yussef Said Cahali, França, Itália, Alemanha, Portugal e Bélgica, mesmo após diversas atualizações legislativas, "conservam sem nenhum problema de natureza sociojurídica as duas formas de desfazimento da sociedade conjugal, que convivem tranquilamente."[605]

### 8.4.2.1 Equívocos de natureza processual na defesa do fim da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro

Como visto, vários juristas vêm advogando a impossibilidade jurídica do pedido de separação judicial após o advento da novel Emenda Constitucional. No entanto, existe um equívoco de fundo nas aludidas assertivas uma vez que a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação desde sua idealização por Liebman, em sua célebre preleção de Turim de 1949,[606] tomou por base situações de expressa vedação legislativa do pedido no ordenamento jurídico, e não de carência legislativa.

Por coincidência, a razão que motivou o processualista italiano a delinear a aludida condição da ação foi exatamente a vedação expressa do divórcio na Itália antes do advento da Lei 898 de 01-12-1970, norma que findou com a proibição legal do divórcio naquele país.

Nesse sentido, pode-se colacionar um importante precedente do Superior Tribunal de Justiça no qual este afirmou que a possibilidade jurídica do pedido corresponde à inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda, na análise de um caso no qual se pedia a declaração de uma união homoafetiva como entidade familiar. No aludido processo havia uma irresignação contra decisões que extinguiram o feito sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica pela ausência de previsão legal de uniões homoafetivas no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, o Tribunal Superior decidiu que, a despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato era que, para a hipótese em apreço, em que se pretendia a declaração daquela união como entidade familiar, não existia a vedação legal para o prosseguimento do feito permitindo-se o julgamento do mérito do feito.[607]

---

Direito de Família. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 158. *E-book.*

605 CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio.* 12.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 74.

606 LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.* Milano: Giuffrè. Anno IV, 1950.

607 "2. O entendimento assente nesta Corte, quanto à possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua,

Não se pode ainda esquecer de que, no caso específico da separação judicial, o que se pode constatar, após a Emenda Constitucional nº 66/10, é a ausência atual de sua previsão expressa na Constituição, fator que não retira do ordenamento sua previsão e funcionamento facultativo, ao menos enquanto não forem revogados os preceitos que a regem no Código Civil e no Código de Processo Civil. E, mais uma vez, quanto à legislação adjetiva civil, não custa lembrar que a separação permanece entre as ações de família.

Diante dessa celeuma, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), por meio de Pedido de Providências nº 0005060-32.2010.2.00.0000, instaurado em face do Conselho Nacional de Justiça, solicitou alterações na Resolução nº 35/CNJ, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07, pelos serviços notariais e de registro. Sugeriu, entre outras coisas, a supressão, em todos os artigos, das referências à separação consensual e à dissolução da sociedade conjugal, bem como a supressão da Seção IV, que trata especificamente da separação consensual. Considerando em parte as sugestões apresentadas, de forma precisa e adequada, assim se manifestou o Relator Conselheiro Jefferson Kravchychyn:

> [...] nem todas as questões encontram-se pacificadas na doutrina e sequer foram versadas na jurisprudência pátria. Tem-se que, mesmo com o advento da Emenda nº 66, persistem diferenças entre o divórcio e a separação. No divórcio há maior amplitude de efeitos e consequências jurídicas, figurando como forma de extinção definitiva do casamento válido. Por seu turno a separação admite a reconciliação e a manutenção da situação jurídica de casado, como prevê o Código de Processo Civil vigente. Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio. Parece razoável, que ainda exista a busca por separações, o que incide na vontade do jurisdicionado em respeito às disposições cuja vigência ainda é questionada e objeto de intensos debates pelos construtores do direito pátrio. Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida. O amadurecimento dos efeitos jurídicos da nova redação trazida pela Emenda Constitucional nº 66, suscitam prudência na aplicação de preceitos de caráter infraconstitucional.[608]

---

sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2T. *Resp. 820475/RJ,* Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/09/2008, p. Dje 06/10/2008).

608 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pedido de Providências nº 0005060-32.2010.2.00.0000.*

Na mesma linha é a recomendação do Colégio Notarial do Brasil – Seção Rio de Janeiro, exarada por meio do Enunciado 3, publicado em 17 de agosto de 2010:

> Enunciado 3: Tendo em vista que a separação (consensual ou judicial) não é tão-somente uma etapa prévia do divórcio, mas possui efeitos diferentes do mesmo (como a manutenção, por qualquer motivo, do vínculo matrimonial) e o fato de que dela não tratou a Emenda Constitucional 66/2010, continua sendo possível, como uma faculdade concedida aos cônjuges, a lavratura de escrituras de separação consensual, desde que assim requeiram, alertados que sejam pelo tabelião ou escrevente da possibilidade de realização do divórcio direto, tudo a ser consignado no corpo da escritura.

Finalmente, reforçando esse entendimento, o Enunciado 514 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, estabelece: "Art. 1.571. A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial."

Também causa alguma perplexidade a assertiva daqueles que afirmam que, após o advento da Emenda Constitucional nº 66/10, o juiz poderia *manu militari* converter o procedimento de separação judicial em divórcio de modo automático, sem o pleno exercício do contraditório.

Primeiramente, essa alegação doutrinária desconsidera que o sistema processual brasileiro é dirigido pelo princípio dispositivo, de modo a inviabilizar que o juiz *ex officio* altere pretensões sem o prévio requerimento das partes, salvo hipóteses excepcionais.

Evidente que se os cônjuges assim desejarem e requererem, mediante sua própria manifestação espontânea ou provocada pelo juiz, não haverá obstáculo na conversão do procedimento de separação em divórcio. "Assim como ninguém está impedido de se divorciar "quando o amor conjugal que era doce e se acabou", da mesma forma ninguém deve estar impedido de se separar apenas de fato ou juridicamente, se se considera com motivos para tanto."[609]

Entrementes, caso as partes desejem passar pela fase jurídica do estado de separado o juiz não poderá obstar o exercício dessa autonomia privada.

Ademais, uma postura desse tipo desconsidera todos os ganhos do estudo do direito civil constitucionalizado para que o Estado otimize seus serviços judiciários por questões de eficiência numérica em detrimento do exercício pleno da autonomia do cidadão.

---

Rel. Conselheiro Jefferson Kravchychyn. Data do Julgamento: 14/09/10.

609 CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio.* 12.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 73.

### 8.4.2.2 A permanência da separação judicial e da separação extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro: questões processuais de acordo com a doutrina minoritária[610]

Após o advento da Emenda Constitucional nº 66/10 surgem três preocupações imediatas: a) qual seria o destino das demandas em curso? b) seria possível o ajuizamento de demandas com pedido de separação e/ou a elaboração de escrituras de separação judicial? e, c) caso um dos cônjuges ajuíze uma ação com pedido de separação e o outro, por conexão, ajuíze uma reconvenção com pedido de divórcio, qual seria o julgamento das demandas simultâneas?

Como já mencionado, defende-se a mantença da possibilidade de ajuizamento de novas demandas de separação judicial, bem como a lavratura de escritura pública de separação extrajudicial enquanto se mantiver a previsão legislativa no Código Civil e no Código de Processo Civil para essas proposituras.

É importante ressaltar o princípio do *favor legis*, pelo qual, em caso de dúvida, deve ser dada à lei uma interpretação que mantenha sua constitucionalidade o que corrobora tal posicionamento. Nesses termos, percebe-se que os procedimentos judiciais ou extrajudiciais de separação mantêm base normativa no sistema jurídico brasileiro.

Ocorre que, face à alteração constitucional, pode o magistrado intimar as partes envolvidas para que, caso queiram, convertam a demanda de separação em uma ação de divórcio, até pela aplicação imediata das normas constitucionais e do princípio do isolamento dos atos processuais, que rege o sistema processual, estabelecendo a aplicação imediata das leis processuais.

Pontue-se que tal conversão não poderá ser imposta de modo autoritário pelo magistrado. O respeito ao princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa é um dos principais ganhos do processo constitucionalizado, exatamente por impedir inovações processuais levadas a cabo pelo juiz ao largo das pretensões privadas dos sujeitos parciais, até porque uma das características do atual Código de Processo Civil é a tentativa de incentivar a participação mais efetiva das partes na construção de uma decisão para o conflito posto à apreciação do Judiciário. Nesse sentido, a busca por uma solução consensual tem sido cada vez mais fomentada e, não seria diferente nas ações de família, como prescreve o artigo 694 do CPC/2015.[611]

Ainda há de se perceber que a Emenda Constitucional nº 66/10 possui o condão de gerar a revogação dos prazos e das condições para qualquer tipo de separação, divórcio ou conversão do primeiro no segundo, de modo que nos procedimentos em curso tais temáticas devem ser desprezadas.

---

610 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; NUNES, Dierle. Emenda Constitucional nº 66 e a Possibilidade Jurídica do Pedido de Separação Judicial e de Separação Extrajudicial. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre/Belo Horizonte, n. 18, p. 5-28, out./nov. 2010.

611 Código de Processo Civil. "Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e a conciliação."

Finalmente, há de se dimensionar a terceira hipótese suscitada, qual seja, a de se ter em um mesmo processo o pedido de separação realizado por um dos cônjuges e o de divórcio ajuizado mediante reconvenção pelo outro.

Sabe-se que a reconvenção é a ação do réu contra o autor ajuizada em *simultaneus processus*. Tal técnica exige a comprovação de uma série de requisitos (legitimidade, conexão, competência, pendência de demanda principal, competência e identidade de procedimentos).[612]

Com o advento da inovação constitucional, em face da conexão e identidade de *causa petendi* e do cumprimento dos demais requisitos, será possível a convivência do pedido de separação judicial na inicial com um pedido reconvencional de divórcio. Assim, caso tal situação jurídica se implemente o juiz será compelido a julgar na mesma sentença a demanda que inaugurou o processo e a reconvencional. Frise-se que, por força do §2º do artigo 343[613] do CPC/2015, o prosseguimento da reconvenção independe da manutenção da primeira ação. Percebe-se o caráter autônomo da reconvenção, que deverá ser examinada, ainda que o(a) autor(a) desista da ação inicial ou que sobrevenha causa extintiva que impeça o exame do mérito desta.

Sucede que, em face da ausência de requisitos para a concessão de ambos os pedidos e da maior abrangência do segundo em relação ao primeiro, *in casu* o magistrado deverá pronunciar-se pela procedência de ambos os pedidos, mas com a clara perda de efeitos jurídicos da separação judicial declarada devido à sua continência no pedido de divórcio.

Assim, não se nega que a Emenda Constitucional nº 66/10 eliminou qualquer tipo de separação (judicial, extrajudicial ou de fato), como requisito obrigatório para o divórcio. Os cônjuges em conjunto, ou qualquer um deles separadamente, com fulcro tão somente na autonomia privada, podem solicitar o divórcio. Marido e/ou mulher podem pedir, diretamente, o divórcio, simplesmente fazendo uso da autonomia privada, sem qualquer prazo ou condição. Consequentemente, a Emenda Constitucional nº 66/10 revogou os prazos e as condições para qualquer tipo de separação e de divórcio, de modo que nos procedimentos em curso tais temáticas devem ser desconsideradas. Por isso, não há que se falar em separação falência (§ 1º do art. 1.572 do CC/02), separação remédio (§ 2º do art. 1.572 do CC/02) e separação sanção (arts. 1.572, *caput* e 1573 do CC/02).

Contudo, com fulcro no princípio da autonomia privada e nas regras de hermenêutica, é possível defender a manutenção da separação judicial e da separação extrajudicial, <u>sem o caráter obrigatório</u> e sem qualquer prazo ou condição.

Os procedimentos judiciais ou extrajudiciais de separação mantêm base normativa no ordenamento jurídico brasileiro e não geram nenhum prejuízo para quem quer que seja, pois só serão possíveis mediante a vontade dos cônjuges. Basta

612 NUNES, Dierle; CÂMARA, Bernardo: SOARES, Carlos. *Processo Civil para OAB*. Salvador: Podivm, 2010, p. 142-143.

613 Código de Processo Civil. "Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. §1º (..) §2º A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção. (...)."

que um dos cônjuges prefira o divórcio para que a separação fique sem possibilidade de produzir efeitos jurídicos. Entretanto, se os dois quiserem a separação, possibilidade jurídica para tanto existe.

Vive-se em uma sociedade pluralista, por isso, nenhum grupo ou instituição está autorizado a impor a sua filosofia de vida, exercendo pressões no sentido de dar vazão ao seu pensamento. Mesmo que a maioria da população prefira o divórcio, julgue a separação um instituto ultrapassado, anacrônico e inútil, ainda assim, tendo em vista sua previsão legislativa e a autonomia privada dos sujeitos, não se pode impedir, num Estado Democrático de Direito, que uma minoria possa utilizá-lo. Certamente haverá pessoas desejosas de um prazo maior para refletir sobre a importante decisão que é colocar fim a um casamento e, por isso, prefiram passar pela separação judicial ou extrajudicial antes de pedir o divórcio.

## 8.5 A (im)possibilidade de discussão de culpa na dissolução da sociedade conjugal antes e depois da Emenda Constitucional nº66/10

A Emenda Constitucional nº 66 acabou gerando dois posicionamentos antagônicos a respeito da possibilidade de discussão de culpa na dissolução do vínculo conjugal.

De um lado, aqueles que, mesmo reconhecendo o fim da separação da judicial, negam-se a admitir o fim da discussão de culpa na dissolução da sociedade conjugal. Nesse sentido:

> [...] reputamos prematura a interpretação de alguns renomados juristas que afirmam que com a PEC do divórcio nunca mais se poderá discutir a culpa na ruptura da vida em comum. No nosso entender, a vedação da discussão da culpa no divórcio se aplica apenas aos casos de conversão de separação, judicial ou não, em divórcio. Nos casos de divórcio direto defendemos ser possível, sim, examinar a culpa e todos os demais temas próprios da separação, tais como alimentos, guarda de filhos, partilha etc.[614]
> De toda sorte, a verdade é que a citada PEC representa um notável avanço, especialmente por retirar do sistema o modelo bifásico de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, mediante a separação de direito - que engloba a separação judicial e a extrajudicial -, e o divórcio.
> Uma das grandes dúvidas a respeito da inovação se refere à manutenção da possibilidade de discussão da culpa como causa para a dissolução do casamento, assim como é atualmente com a separação judicial (art. 1.572, caput, do CC). Em outras palavras, a dúvida que surge se refere a uma importação da discussão da culpa para o divórcio. Essa é uma dúvida atroz que já atormenta os aplicadores do direito até porque, no presente estágio do Direito de Família brasileiro, não se tem admitido a discussão da culpa quando do divórcio, seja ele direto ou indireto.
> Todavia, na opinião deste articulista, a resposta é positiva a respeito de futuros debates a respeito da culpa para a dissolução do vínculo matrimonial. De toda a sorte, deve ficar claro o posicionamento - sempre manifestado pela melhor doutrina

614 SALLES, Gladys Maluf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa*. 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624. Acesso em: 14 jul. 2010.

-, no sentido de se admitir a mitigação da culpa em algumas situações, como nos casos de culpa recíproca dos cônjuges ou de sua difícil investigação, a tornar o processo tormentoso para as partes. Assim era, e assim permanecerá, creio eu.[615]

Do outro lado, os defensores do abandono da discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal a partir da Emenda Constitucional nº 66:

> Com a mudança constitucional e o desaparecimento do instituto da separação de direito, o divórcio será, ao lado da morte e da invalidade, a forma de se chegar ao fim do casamento (o que inclui o vínculo e a sociedade conjugal) e ele se dará de duas possíveis formas: divórcio consensual ou litigioso. Na realidade, deve-se esclarecer que quando da extinção do casamento por divórcio será inadmissível o debate de culpa. Sim, inadmissível o debate de culpa por ser algo que apenas gera uma injustificada demora processual em se colocar fim ao vínculo. O debate em torno da culpa impede a extinção célere do vínculo e sujeita, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas.[616]
>
> Ao ser dada nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, desaparece a separação e eliminam-se prazos e a perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal. Qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio.[617]
>
> A nova redação da norma constitucional tem a virtude de pôr cobro à exigência de comprovação da culpa do outro cônjuge e de tempo mínimo. O divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se dos azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal, em detrimento sobretudo da formação dos filhos comuns.[618]

No entanto, mais uma vez, discorda-se dos entendimentos expostos. É consenso que a discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal dificulta ainda mais o relacionamento das partes envolvidas no conflito e, consequentemente, piora o convívio familiar pós-separação. Além disso, é praticamente impossível identificar quem é o culpado pelo fim da sociedade conjugal. Basta ouvir as alegações de cada cônjuge em separado para se chegar à conclusão de que a busca pelo culpado é inviável. Trata-se de pessoas fragilizadas emocionalmente. Por isso, é sempre mais fácil identificar o outro como responsável pelo fim familiar.

Indubitavelmente, o casamento perdeu a sua indissolubilidade. A família como instituição não deve ser colocada acima dos membros que a compõem. A ordem constitucional instaurada a partir de 1988 afastou definitivamente tal ideia; basta atentar à previsão do artigo 226, §§ 5º e 8º que, respectivamente, determina

---

615 TARTUCE, Flávio. *A PEC do Divórcio e a Culpa*: Possibilidade. 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=579, Acesso em: 14 jul. 2010.

616 SIMÃO, José Fernando. *A PEC do Divórcio e a Culpa:* Impossibilidade. 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627. Acesso em: 14 jul. 2010.

617 DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628. Acesso em: 14 jul. 2010.

618 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio:* Alteração constitucional e suas consequências. 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=622. Acesso em: 14 jul. 2010.

a *igualdade* de direitos e deveres conjugais entre o homem e a mulher e assegura a assistência estatal à família, *na pessoa de cada integrante.*

Como já vaticinava João Baptista Villela em artigo publicado em 1982, "o problema das separações conjugais tende a se deslocar, por muito boas razões, de uma perspectiva inquisitorial para uma perspectiva factual. [...] do princípio da culpa para o da deterioração."[619]

É realmente imperioso reconhecer que o casamento, inobstante seja também hoje contraído para perdurar, pode encontrar obstáculos tais que o levem a se dissolver. Nesse caso, parece incoerente invocar a estrutura jurisdicional para identificar o responsável pelo fracasso conjugal[620].

O princípio do livre desenvolvimento da personalidade deve ser respeitado não só na constituição, mas também na desconstituição da entidade familiar. Afinal, toda a ideia de dignidade que fundamenta a sistemática normativa instalada pela Constituição de 1988 está voltada para a proteção da pessoa humana. Assim, todas as situações e relações jurídicas devem ser analisadas respeitando tais garantias.

Nesse viés, não foi contemplada constitucionalmente a análise da culpa como causa para a dissolução do vínculo conjugal; o único requisito para o divórcio, até a Emenda Constitucional nº 66, era o cumprimento do lapso temporal de mais de dois anos de separação de fato, para o divórcio direto e, de mais de um ano de separação judicial para o divórcio indireto. Assim, numa interpretação constitucionalmente adequada, não faz sentido ignorar a culpa no divórcio (que coloca fim ao casamento válido) e que, agora, sequer exige prazo ou condição para ser obtido, e admiti-la na separação judicial, que põe fim apenas à sociedade conjugal, mas mantém o vínculo conjugal.

O princípio da ruptura, ou da deterioração factual, funda-se, portanto, na liberdade de escolha que deve existir não só na constituição e na manutenção, mas também na extinção da entidade familiar. Ninguém está autorizado a restringir ou a impor a existência ou a permanência de uma entidade familiar, muito menos o Estado, até porque, reconhecendo que o casamento estabelece uma comunhão plena de vida (art. 1.511), o Código Civil de 2002, de forma expressa, proíbe a qualquer pessoa, de direito público ou privado, nela interferir (art. 1513).

A convivência entre os cônjuges não pode significar sacrifício para nenhuma das partes, pois assim se estaria desrespeitando e até mesmo anulando aspectos importantes da personalidade dos integrantes dessa relação familiar. Isso contraria o pressuposto de que a família deve servir para promover os familiares. É em função e nos limites desse propósito que ela há de ser mantida e protegida.

---

619 VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade:* por uma ordem social não violenta. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982. (Série Monografias, n°.3), p. 16.

620 Tal assertiva não exclui a possibilidade de discussão de culpa entre os cônjuges, mas em outro âmbito, o da responsabilidade civil. Em muitos casos será possível e importante identificar o culpado pela prática de um ato ilícito no casamento ou na união estável, embora tal culpa só deva produzir efeitos fora do âmbito do direito de família, ou seja, na esfera da responsabilidade civil.

Além disso, a Constituição de 1988 consagrou, em seu artigo 5º, X, o direito fundamental à intimidade, que deve ser respeitado no seu aspecto individual e, também, relacional. Dessa forma, exigir que o cônjuge exponha questões íntimas do casal, que, porventura, possam caracterizar o descumprimento de um dos deveres do casamento, com o único objetivo de obter êxito na ação de separação judicial seria também uma violação a esse direito.

Por isso, muitos autores[621] e alguns julgados, muito antes de a Emenda Constitucional nº 66 ser publicada, já defendiam que a separação judicial litigiosa, longe da discussão de culpa, deve basear-se tão somente na insuportabilidade da vida em comum, na autonomia privada: "O entendimento atual é no sentido de se afastar a identificação do culpado pela ruptura da sociedade conjugal. Mantém-se a separação do casal sem atribuição de culpa." [622]

> Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes.[623]

Tal orientação também se encontra, ainda, consubstanciada no Enunciado 100 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.572: na separação, recomenda-se apreciação objetiva de fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum."[624]

Assim, face ao princípio da ruptura ou da deterioração factual, que abarca os princípios da liberdade, da intimidade e da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, o casamento só deve subsistir sob a égide do afeto recíproco e da respectiva vontade dos seus integrantes. A quebra da afeição e a impossibilidade da vida em comum devem ser motivos bastantes para o desfazimento jurídico da sociedade conjugal, sem a necessidade de qualquer outra alegação.

Portanto, diante de todo o exposto, é possível afirmar que o abandono da discussão da culpa deve-se mais a uma interpretação constitucional adequada dos preceitos do Código Civil, do que à publicação da Emenda Constitucional nº 66. Por isso, a defesa da permanência da separação judicial no ordenamento jurídico

---

621 Entre eles: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial:* uma perspectiva histórico-jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. *In:* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 73-99; PESSOA, Adélia Moreira. A objetivação da ruptura na separação judicial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 5, n. 22, p. 38-56, fev./mar. 2004. TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. *In*: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 369-390.

622 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação cível n.70002690824. AC 7ª C.Cív*. Rel. Dês. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, 19 dez. 2001

623 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 46.718-4/SP*, Ac. 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 17. fev. 2003.

624 BRASIL. Conselho Federal de Justiça. *I Jornada de Direito Civil.* Disponível em: http://daleth.cjf.jus.br/ revista/enunciados/IJornada.pdf. Acesso em: 10 maio 2009.

brasileiro não significa, em hipótese alguma, a admissão da discussão de culpa na dissolução da sociedade conjugal.

### 8.5.1 Consequências práticas do abandono da discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal

Qualquer tipo de separação ou de divórcio, mesmo de acordo com uma interpretação literal do Código Civil, não é capaz de interferir na divisão do patrimônio, na estipulação dos alimentos para os filhos e na guarda. Na divisão do patrimônio, aplicam-se as regras do regime de bens adotado; na estipulação dos alimentos para os filhos, o binômio necessidade/possibilidade; e, para se estabelecer a guarda dos filhos menores, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Por isso, com muito mais razão, a adoção do princípio da ruptura ou da deterioração factual, na dissolução da sociedade conjugal, não interferirá de maneira diferente na estipulação de tais cláusulas. Interessa, portanto, verificar quais os reflexos da aplicação do princípio da deterioração factual, ou princípio da ruptura, no uso do sobrenome e no direito a alimentos entre os cônjuges.

#### 8.5.1.1 O nome do cônjuge na separação judicial diante da aplicação do princípio da ruptura ou da deterioração factual

Diante da igualdade entre homens e mulheres estabelecida na Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.565, § 1º, dispõe: "Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro." Inicialmente, cabe esclarecer que um cônjuge só consegue acrescer ao seu o sobrenome do outro, mediante a concordância (tácita na maioria das vezes) do titular do sobrenome.

Assim, tendo em vista que a utilização por um cônjuge do sobrenome do outro não se dá de forma unilateral, mas acordada, a possibilidade de continuidade do uso do sobrenome incorporado com o casamento, em qualquer hipótese de separação judicial ou de divórcio deve ser assegurada, pois o uso do nome de casado integra direito da personalidade[625], é fator de identificação e individualização da pessoa.[626]

625 "Nome. Direito de personalidade. Sendo o nome um dos atributos da personalidade, de todo descabido determinar à mulher o retorno ao nome de solteira, quando da conversão da separação ao divórcio, se esta não é a sua vontade. Apelo provido." (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70002607984*. 7ª C.Cív. Relatora: Des. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 30 mar. 2001.)

626 Como forma de evitar esse tipo de discussão, Maria Celina Bodin Moraes sugere a seguinte solução: "Entretanto, a solução jurídica mais harmoniosa com a plena igualdade entre os cônjuges, e que evitaria graves conflitos, não parece ser a possibilidade de se oferecer ao marido a opção de adotar o sobrenome da mulher, como prevê o Projeto de Código Civil, mas, ao revés, a de estabelecer a regra da inalterabilidade do sobrenome de cada cônjuge, após o casamento, bem como a aposição, nos filhos, dos sobrenomes de ambos os cônjuges, como faz, por tradição, o direito espanhol." (MORAES, Maria Celina Bodin de. A objetivação da ruptura na separação judicial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 54, out./dez. 2000).

Assim, a decisão de manter ou não o nome de casado deve ficar única e exclusivamente com o próprio titular do nome, independentemente do tipo de dissolução da sociedade conjugal. Nesse sentido, a nova redação do art. 57, I, II, III e IV, da Lei nº 6.015/73:

> Art. 57. A alteração posterior de sobrenomes poderá ser requerida pessoalmente perante o oficial de registro civil, com a apresentação de certidões e de documentos necessários, e será averbada nos assentos de nascimento e casamento, independentemente de autorização judicial, a fim de: (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)
> I - inclusão de sobrenomes familiares; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
> II - inclusão ou exclusão de sobrenome do cônjuge, na constância do casamento; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
> III - exclusão de sobrenome do ex-cônjuge, após a dissolução da sociedade conjugal, por qualquer de suas causas; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
> IV - inclusão e exclusão de sobrenomes em razão de alteração das relações de filiação, inclusive para os descendentes, cônjuge ou companheiro da pessoa que teve seu estado alterado. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

### 8.5.1.2 Os alimentos na separação e no divórcio diante da aplicação do princípio da ruptura ou da deterioração factual

O abandono da discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal, com a adoção do princípio da ruptura ou da deterioração factual, em nada afeta o direito a alimentos entre os cônjuges, pois tal direito está consagrado em sede constitucional por meio dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, independentemente da causa de dissolução da sociedade conjugal - se com culpa ou sem culpa.

A Constituição Federal de 1988 elegeu como valor fundamental da República a dignidade da pessoa humana. O direito à vida e a solidariedade social e familiar foram contemplados expressamente na Carta de 1988 como direitos fundamentais. Com isso, é possível defender que os alimentos passaram a ter força de direito fundamental, pois representam um meio de viabilizar uma vida digna em sociedade àquele que não tem como sobreviver às suas próprias expensas.

Sob essa ótica, evidencia-se que um dos fundamentos da obrigação alimentar entre os cônjuges encontra-se no princípio da solidariedade familiar. Por outro lado, o caráter assistencial de tais alimentos é evidenciado na medida em que eles não devem servir para enriquecer o alimentário, mas para assisti-lo na conservação de uma vida digna em sociedade.

Assim, é importante frisar que os alimentos devidos entre os cônjuges, na medida do possível, não podem ser transformados em fonte de renda vitalícia. Tais alimentos só serão devidos enquanto persistir a necessidade, sob pena de caracterização de enriquecimento sem causa, desvirtuando, na essência, o seu caráter assistencial. Por isso, é dever do cônjuge que recebe alimentos, usar de todos os meios possíveis para fazer cessar a sua necessidade.

Destarte, com a Constituição de 1988, em face dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, os alimentos entre os cônjuges, seja qual for a causa que determinou a dissolução da sociedade conjugal, respeitando-se sempre o caráter assistencial, devem atender às necessidades que garantam o direito fundamental à vida de forma ampla, estabelecendo-se, na medida do possível, os alimentos de acordo com a condição social de cada indivíduo.

## 8.6 Separação e divórcio consensuais

A separação consensual, também conhecida como separação amigável, é a que se faz diante do mútuo consentimento dos cônjuges. Os componentes da relação querem colocar fim à *affectio conjugalis* e, por isso, de comum acordo, convencionam a respeito das diversas cláusulas necessárias para se extinguir a sociedade conjugal (descrição dos bens, guarda dos filhos menores, alimentos etc.). A separação consensual pode ser feita judicialmente ou, por força da Lei nº 11.441/07, que introduziu o artigo 1.124-A no CPC/1973 e cujo teor foi incorporado ao artigo 733 do CPC/2015, extrajudicialmente, em Cartório de Notas quando não houver nascituro ou filhos incapazes do casal.

Na separação consensual, os cônjuges não precisam informar os motivos da dissolução da sociedade conjugal. Aliás, não se justifica sequer a necessidade de o juiz ouvir as partes para homologar a separação consensual, conforme estabeleceu o artigo 1.122 do CPC/1973[627], previsão esta que sequer tem correspondência no CPC/2015, dada a desnecessidade de explicação das razões da ruptura do relacionamento conjugal pelos autores da ação.

A partir da Emenda Constitucional nº 66/10, para se obter a separação consensual, não se exige mais que os cônjuges estejam casados por mais de um ano. Ao Estado não é lícito interferir na vida familiar limitando o livre desenvolvimento da personalidade dos seus membros. Por isso, quando a lei exigia prazo de casamento de mais de um ano, para que pessoas maiores e capazes obtivessem a separação consensual, estava criando um injustificável período de provação, um verdadeiro estágio probatório, que ia de encontro às características e fundamentos da família atual eudemonista. Nesse sentido, o Enunciado 515 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, estabelece: "Art. 1.574, *caput*. Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual."

627 AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL - AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E/OU RATIFICAÇÃO - DESIGNAÇÃO - AUSÊNCIA - NULIDADE DO PROCESSO - INEXISTÊNCIA. - Em que pese à determinação do artigo 1.122 do CPC de se ouvirem os cônjuges sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as consequências da manifestação de vontade, o entendimento moderno é no sentido de que, nessa hipótese, já não existe obrigação legal da oitiva judicial dos cônjuges como condição para a homologação do acordo e decreto de separação. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0105.07.219102-3/001* – Rel. Des. Eduardo Andrade. Data do Julgamento: 05/08/2008. Data da Publicação: 05/09/2008).

O que foi dito a respeito da separação consensual também se aplica ao divórcio consensual. A única diferença existente entre os dois institutos é que a separação coloca fim apenas à sociedade conjugal e o divórcio, além de colocar fim à sociedade conjugal, também extingue o vínculo conjugal.

### 8.6.1 Conteúdo da separação consensual e do divórcio consensual

Por se tratar de separação consensual ou divórcio consensual, caberá aos cônjuges definir se continuarão a usar o sobrenome do outro ou voltarão a usar o nome de solteiro.

Quanto à partilha dos bens, por força do disposto no artigo 1.575 do Código Civil tem-se a falsa impressão de que é obrigatória na separação judicial. Entretanto, outro deve ser o entendimento diante de uma interpretação lógico-sistemática, pois o artigo 1.581 do Código Civil estabelece que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Ora, se o divórcio, que coloca fim ao vínculo conjugal, pode ser concedido sem a partilha dos bens, conclusão inafastável é a de que a separação judicial, que coloca fim apenas à sociedade conjugal, também pode ser concedida sem a prévia partilha dos bens. Portanto, a descrição dos bens é obrigatória; entretanto, a partilha poderá ser feita depois, até mesmo depois do divórcio. Esse também é o entendimento consubstanciado no Enunciado 255, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que estabelece: "Art. 1.575: Não é obrigatória a partilha de bens na separação judicial." Além disso, no parágrafo único do artigo 731 do CPC/2015, prescreveu-se que a partilha pode ser feita após a homologação do divórcio caso não haja consenso entre os cônjuges sobre a distribuição dos bens.

A guarda dos filhos menores deve ter sua regulamentação fixada. Cabe aos separandos ou divorciandos estabelecer a guarda, sempre de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com a possibilidade, inclusive, da guarda compartilhada, de acordo com o artigo 1.584, I, do Código Civil.

Até pouco tempo atrás, admitia-se a homologação de acordo de separação judicial ou divórcio consensual sem a estipulação do regime de convivência. Era comum, ainda, a estipulação do chamado horário de visita *livre*. Entretanto, em 2005 entrou em vigor a Lei nº 11.112, que estabeleceu como requisito da petição inicial da ação de separação consensual, o acordo dos cônjuges acerca do regime de visitas dos filhos menores. Essa Lei alterou a redação do inciso II do artigo 1.121 do Código de Processo Civil de 1973 e introduziu o § 2º no mesmo artigo com a seguinte redação: "entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos." Esta previsão específica sobre o regime de visitas, contudo, não foi contemplada no CPC/2015. O artigo 731, inciso III do atual diploma processual civil prescreve que deve constar da petição o acordo referente à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas sem, porém, conceituar o instituto como o fez a legislação processual anterior.

Quanto à pensão alimentícia devida ao filho menor, dúvida não há a respeito da necessidade de se estipular com quanto cada genitor irá contribuir. Se o filho não precisa dos alimentos, pode dispensá-los ou não pleiteá-los, porém não se admite a renúncia.

Nesse aspecto, nenhuma novidade, pois, em relação aos parentes, a renúncia ao direito a alimentos sempre foi negada por força do artigo 404 do Código Civil de 1916. Entretanto, em relação aos cônjuges, duas posições contraditórias (uma que não admitia a renúncia e a outra que admitia a renúncia ao direito a alimentos) alternaram-se nos últimos anos.

A Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal[628] não admitia a renúncia. Ocorre que, após a Constituição Federal de 1988, no Superior Tribunal de Justiça,[629]

628 Súmula 379 do STF: "No caso de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais." Data de aprovação: 03/04/1964.

629 "Alimentos – Separação Judicial – Renúncia – É válida e eficaz a cláusula de renúncia a alimentos, em separação judicial, não podendo o cônjuge renunciante voltar a pleitear seja pensionado." (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Resp 37.151-1/SP. Relator: Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 13/06/1994. *Diário de Justiça*, Brasília, 27 jun. 1994).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL C/C PARTILHA DE BENS. APRESENTAÇÃO DE ACORDO PELOS CÔNJUGES, COM DISPOSIÇÕES ACERCA DA INTENÇÃO DE SE DIVORCIAREM, DA PARTILHA DE BENS, DO REGIME DE GUARDA, DE VISITAS E DE ALIMENTOS RELATIVOS AO FILHO MENOR. RETRATAÇÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE APENAS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DISPONÍVEIS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A controvérsia submetida à análise desta Corte de Justiça está em saber se, em ação de divórcio (em princípio) consensual, após as partes apresentarem acordo, com estipulações acerca do divórcio, da partilha de bens do casal e do regime de guarda, de visitas e de alimentos relativos ao filho menor, devidamente ratificado em audiência específica para esse fim, seria dado ao ex-marido rescindir integralmente os termos acordados em razão de a ex-mulher requerer, antes da homologação, a alteração do regime de guarda e de visitas. 1.1 O tratamento da questão posta há de ser feito separadamente, levando-se em conta, de um lado, as disposições afetas a direitos disponíveis; e, de outro, as disposições alusivas a direitos indisponíveis (de titularidade dos próprios cônjuges e do filho menor), independentemente de o acordo apresentado pelas partes tratar de tais matérias conjuntamente. 2. Especificamente em relação ao pronunciamento dos cônjuges quanto à intenção de se divorciarem, às disposições relacionadas à divisão dos bens e dívidas em comum e, no caso, à renúncia de alimentos entre si, por se encontrarem na esfera de sua estrita disponibilidade, seus termos hão de ser considerados como verdadeira transação, cuja validade e eficácia dependem exclusivamente da higidez da manifestação de vontade das partes apostas no acordo. 2.1 A perfectibilização do acordo, nessa parte, demanda, simplesmente, a livre manifestação de vontade das partes, não cabendo ao Juízo, nesse caso, outra providência que não a homologação. Saliente-se, a esse propósito, afigurar-se absolutamente dispensável a designação de audiência destinada à ratificação dos termos já acordados. A rescisão de seus termos somente se afigura possível, se a correlata pretensão for veiculada em ação própria e embasada em algum vício de consentimento (tais como erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores), ou de defeito insanável (devidamente especificado no art. 166 do Código Civil), do que, na espécie, em princípio, não se cogita. 3. Já o acordo estabelecido e subscrito pelos cônjuges no tocante ao regime de guarda, de visita e de alimentos em relação ao filho menor do casal assume o viés de mera proposição submetida ao Poder Judiciário, que haverá de sopesar outros interesses, em especial, o preponderante direito da criança, podendo, ao final, homologar ou não os seus termos. Em se tratando, pois, de mera proposição ao Poder Judiciário, qualquer das partes, caso anteveja alguma razão para se afastar das disposições inicialmente postas, pode, unilateralmente, se retratar. Ressalte-se, aliás, que, até mesmo após a homologação judicial acerca do regime de guarda, de visita e de alimentos relativos ao filho menor, se uma circunstância superveniente alterar os fatos submetidos ao Juízo,

consolidou-se o posicionamento em sentido contrário, ou seja, de se admitir a renúncia ao direito a alimentos entre os cônjuges.

Como o Código Civil de 2002, ao tratar dos alimentos (Título II - DO DIREITO PATRIMONIAL; Subtítulo III - DOS ALIMENTOS), referiu-se aos parentes, cônjuges e companheiros, sem fazer qualquer distinção, e, ao vedar a renúncia[630] dentro do mesmo subtítulo, também não fez nenhuma ressalva, é possível concluir que os alimentos passaram a ser irrenunciáveis em qualquer circunstância,[631] podendo o renunciante (cônjuge, companheiro ou parente), quando precisar dos alimentos aos quais renunciou, pleiteá-los, porque a renúncia é nula, pois se efetivou contra a lei.

Ocorre que a irrenunciabilidade só se justifica entre os parentes, pois, só entre eles, presente está o caráter permanente do fundamento alimentar, qual seja o parentesco. Afinal, se permanente a causa, também permanente o direito (ainda que potencial) que é seu efeito. Não há como afastar, pela simples manifestação de vontade, o vínculo familiar e, portanto, não há como afastar os respectivos alimentos daquele decorrentes.

Diferentemente ocorre com o vínculo conjugal, exatamente porque é instituído a partir da iniciativa e do exercício da autonomia privada dos envolvidos, e pode desconstituir-se pelo mesmo fundamento. Em consequência, os reflexos oriundos deste elo podem, desta maneira, ser desfeitos. Os alimentos se incluem neste contexto. Tão logo extinto, em definitivo, o elo matrimonial havido entre os cônjuges, é defensável que seus efeitos se extirpem e que, então, não mais seja possível obrigar qualquer deles a prestar pensão alimentícia ao outro. Assim, qualquer pedido de alimentos entre os cônjuges deve ser formulado enquanto existir o vínculo conjugal.

## 8.7 Legitimação nas ações de separação e divórcio

O pedido de separação judicial e de divórcio caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade para a propositura da ação ou para a defesa, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão, conforme determinam os parágrafos únicos dos artigos 1.576 e 1.582, ambos do Código Civil.

---

absolutamente possível que seus termos sejam judicialmente alterados por provocação das partes. 4. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1756100/DF*, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 11/10/2018)

630 Art. 1.707 do CC/02. "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos [...]."

631 "CIVIL - AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL - HOMOLOGAÇÃO - RENÚNCIA AOS ALIMENTOS PELA CÔNJUGE-VIRAGO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.707 DO CÓDIGO CIVIL. Com o advento do novo Código Civil, não é mais possível renunciar aos alimentos, notadamente quanto ao fato de que não mais se faz distinção em relação a quem tem direito em recebê-los." Proc. nº 1.0024.04.302766-3/001(1). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Proc. nº 1.0024.04.302766-3/001(1). Relator: Dorival Guimarães Pereira, julgado em 18/12/2004. *Diário de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 17 dez. 2004).

## 8.8 Da proteção da pessoa dos filhos

Sendo a separação ou o divórcio consensual, a guarda dos filhos menores será estabelecida de acordo com o pactuado pelos pais.

Nos demais casos, não havendo acordo entre os pais a respeito da guarda, o juiz irá, sempre com fulcro no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, determinar quem irá exercer a guarda, devendo, prioritariamente, por força do artigo 1.584 do Código Civil, decretar a guarda compartilhada. Ainda sob o mesmo fundamento protetivo, se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

## 8.9 Separação e divórcio consensuais extrajudiciais – Lei nº 11.441/07

Em 04 de janeiro de 2007, entrou em vigor a Lei nº 11.441/07, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 vigente à época, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.[632]

Quanto à separação e ao divórcio consensuais em Cartório de Notas, a Lei nº 11.441/07 acrescentou apenas um artigo ao Código de Processo Civil de 1973, o art. 1.124-A[633]. No CPC/2015, a matéria contínua é tratada no artigo 733, que tem redação semelhante ao do diploma revogado:

---

632 O Projeto de Lei nº 791/07 pretendia ampliar a aplicação do quadro disposto na Lei nº 11.441/07, permitindo que as autoridades consulares brasileiras realizassem a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros que morem no exterior, mesmo sem a assistência de advogado. Referido projeto foi transformado na Lei nº 13.874/2013, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei nº 4.567/1942), incluindo ao seu artigo 18 os parágrafos 1ºe 2º. A hipótese de realização dos procedimentos administrativos sem a assistência de advogado não foi aprovada, embora tenha sido reconhecida a competência das autoridades consulares brasileiras para celebrar a separação e o divórcio consensuais de brasileiros que morem no exterior:

LINDB - Decreto-Lei nº 4.567/1942 – Art. 18. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascido no país da sede do Consulado. *(Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957).*

§ 1º As autoridades consulares brasileiras também poderão celebrar a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, devendo constar da respectiva escritura pública as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. *(Incluído pela Lei nº 12.874, de 2013) Vigência.*

§ 2º É indispensável a assistência de advogado, devidamente constituído, que se dará mediante a subscrição de petição, juntamente com ambas as partes, ou com apenas uma delas, caso a outra constitua advogado próprio, não se fazendo necessário que a assinatura do advogado conste da escritura pública. *Incluído pela Lei nº 12.874, de 2013) Vigência*

633 Código de Processo Civil – Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto

> Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.
> § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.
> § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Evidentemente, a observância dos requisitos legais quanto aos prazos, a partir da Emenda Constitucional nº 66/10, deve ser desprezada, pois não mais se exige qualquer prazo para se pedir separação ou divórcio, judicial ou extrajudicial.

Diante das divergências geradas em todo o Brasil na interpretação desta Lei nº 11.441/07, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 35/07, disciplinou algumas regras para a sua aplicação.[634] No que tange à separação e ao divórcio consensuais, feitos em Cartórios de Notas, estabeleceu a Resolução nº 35 do CNJ as seguintes diretrizes:

- Para a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa, é livre a escolha do tabelião de notas,

---

aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.
§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.
§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Com redação determinada pela Lei nº 11.965/09).
§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

634 Por força da Emenda Constitucional nº 66/10, alguns dispositivos da Resolução nº 35/07 do CNJ foram alterados por meio da seguinte resolução, também do CNJ: RESOLUÇÃO Nº 120, DE 30 DE SETEMBRO DE 2010 - *Altera dispositivos da Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro.* O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, CONSIDERANDO o que foi deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 112ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de setembro de 2010, no julgamento do Pedido de Providências nº 0005060-32.2010.2.00.0000; R E S O L V E: Art. 1º. O artigo 52 da Resolução CNJ n. 35 passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 52. Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento. Art. 2º. Fica revogado o artigo 53 da Resolução n. 35. Art. 3º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
(Disponível em: http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12238-resolucao-no-120-de-30-de-setembro-de-2010. Acesso em: 18 ago. 2011.

não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil. Portanto, os cônjuges poderão, livremente, escolher qualquer cartório de notas do país e solicitar a lavratura da escritura pública de separação ou de divórcio ou de extinção consensual de união estável.

- É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; portanto, continua existindo a possibilidade de se buscar a homologação judicial das separações e divórcios consensuais, mesmo sem filhos menores ou incapazes.
- Uma vez escolhida a via administrativa, as escrituras públicas de separação e divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas etc.)
- Para a obtenção da gratuidade prevista na Resolução 35/2007, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.
- A presença do advogado ou do defensor público[635] é indispensável para a lavratura das escrituras públicas de separação e divórcio consensuais, bem como para a lavratura de extinção consensual de união estável.
- Para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio consensuais, deverão ser apresentados os seguintes documentos: a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial e CPF/MF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver.
- As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento.

---

635 A Lei nº 11.965/09 dispôs sobre a participação do defensor público na lavratura da escritura pública de inventário e de partilha, de separação consensual e de divórcio consensual, modificando a redação dos artigos 982 e 1.124-A do CPC/73. O teor das referidas alterações também foi incorporado ao CPC/15, em especial nos artigos 610 e 733, que apresentam a seguinte redação:

Art. 610. [...]

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Art. 7333 [...]

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

- As partes devem, ainda, declarar ao tabelião, na mesma ocasião, que o cônjuge virago não se encontra em estado gravídico, ou ao menos, que não tenha conhecimento sobre esta condição.
- Adotando-se a mesma lógica empregada para o casamento, que pode se realizar por procuração, admite-se que a separação e o divórcio também possam se dar através de representante voluntário. Assim, o comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais e descrição das cláusulas essenciais. De maneira injustificada o artigo 36 da Resolução nº 35/07 do CNJ estabeleceu o prazo de validade de trinta dias da procuração. Tal prazo não condiz com o prazo de eficácia do mandato nos casos de casamento por procuração, ou seja, de até noventa dias, conforme o § 3º do artigo 1.542 do Código Civil.
- Havendo bens a serem partilhados na escritura, distinguir-se-á o que é do patrimônio individual de cada cônjuge, se houver, do que é do patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens, constando isso do corpo da escritura.
- Na partilha em que houver transmissão de propriedade do patrimônio individual de um cônjuge ao outro, ou a partilha desigual do patrimônio comum, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida. Assim, se no casamento realizado sob o regime de comunhão parcial de bens, o casal adquiriu R$ 600.000,00 a título oneroso na constância da sociedade conjugal e, na separação consensual ficou estipulado que um ficaria com R$ 400.000,00 e o outro com R$ 200.000,00, evidente que ocorreu a doação de R$ 100.000,00 de um cônjuge para o outro. Assim, necessário será o recolhimento do imposto (ITCD) sobre o valor de R$ 100.00,00.
- O traslado da escritura pública de separação e divórcio consensuais será apresentado ao Oficial de Registro Civil do respectivo assento de casamento, para a averbação necessária, independentemente de autorização judicial e de audiência do Ministério Público.
- Havendo alteração do nome de algum cônjuge em razão de escritura de separação, restabelecimento da sociedade conjugal ou divórcio consensuais, o Oficial de Registro Civil que averbar o ato no assento de casamento também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação.
- É admissível, por consenso das partes, escritura pública de retificação das cláusulas de obrigações alimentares ajustadas na separação e no divórcio consensuais.
- A escritura pública de separação ou divórcio consensuais, quanto ao ajuste do uso do nome de casado, pode ser retificada mediante declaração

unilateral do interessado na volta ao uso do nome de solteiro, em nova escritura pública, com assistência de advogado.

- O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Nesse caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.
- A sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações. Assim, se eram casados pelo regime de separação de bens, a sociedade conjugal só poderá ser restabelecida, administrativamente, no mesmo regime de bens. É que por força do § 2º do artigo 1.639 do Código Civil, a mudança do regime de bens só é permitida judicialmente.
- Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento.

### 8.9.1 Reflexos da Lei nº 11.441/07 no procedimento judicial de separação e divórcio

Nas separações e divórcios consensuais feitos em Cartório de Notas, tendo em vista a ausência de filhos menores ou incapazes, a Lei nº 11.441/07 não exigiu a participação do Ministério Público. Com isso, a partir da referida lei, nas separações e divórcios judiciais, sem filhos menores ou incapazes, desnecessária é a intervenção do promotor de Justiça, pois não é razoável dispensar a sua atuação perante o tabelião e exigi-la perante o juiz de direito.[636] Quanto à intervenção do Ministério Público nas ações de família, o artigo 698 do CPC/2015 deixa clara a necessidade de que haja interesse de incapaz. O Ministério Público também intervirá quando se tratar de ação de família quando uma das partes for vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

No mesmo sentido, se se admite a separação e o divórcio consensuais em Cartório de Notas por procuração, deve-se, também, permitir que a separação e o divórcio judiciais ocorram por meio de procurador.

636 Esta, aliás, é a orientação da Recomendação nº 16/10 do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: http://www.conamp.org.br/Recomendaes%20do%20CNMP/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%2016,%20de%2028%20de%20abril%20de%202010.pdf. Acesso em: 21 ago. 2011.

## 8.10 A autonomia privada exercida conjuntamente pelos cônjuges na dissolução da sociedade conjugal e do vínculo conjugal

O princípio da ruptura ou da deterioração factual, conforme já estudado, permite que apenas um dos cônjuges, de maneira unilateral, coloque fim à sociedade conjugal sem a discussão de culpa. Entretanto, com a adoção de tal postura, muitas vezes, o relacionamento pós-separação torna-se mais difícil, pois o fim do relacionamento foi obtido sem a discussão das suas causas e, consequentemente, sem a compreensão do seu significado para a família.

Assim, na dissolução da sociedade conjugal, o melhor é permitir que as próprias partes encontrem uma solução para o conflito, sem a necessidade de acusações recíprocas. Isso significa aplicar a autonomia privada que, em sentido amplo, é materializada no ordenamento jurídico brasileiro pelo princípio da liberdade nas relações existenciais, do livre desenvolvimento da personalidade.

O exercício da autonomia privada deve ser incentivado na manutenção ou na dissolução dos relacionamentos familiares. A liberdade que as pessoas possuem de regular seus interesses não se deve limitar aos negócios patrimoniais, deve ser incentivada e exercitada também no âmbito das situações subjetivas não patrimoniais. Entretanto, colocar em prática a autonomia privada na dissolução da sociedade conjugal não é tarefa fácil, pois conforme alerta João Baptista Villela:

> O exercício da autodeterminação constitui, ao mesmo tempo, grandeza e dor, crescimento e pena, morte e ressurreição do ser humano. Quem, pois, se recusa a liberdade, não padece a angústia de decidir. Ao preço, porém, de não crescer. De continuar sempre menor, de um modo ou de outro, por preguiça ou covardia, como lembrava Kant há quase duzentos anos.[637]

O ideal é que, na dissolução da sociedade conjugal, a decisão seja tomada em conjunto, por meio de práticas discursivas dialógicas, que não se busque um culpado e um inocente, mas que se busque o entendimento de que o relacionamento terminou. E, quando da existência de filhos comuns, prevaleça a consciência de que o relacionamento como marido e mulher não deu certo, mas que, como pai e mãe, sempre no melhor interesse dos filhos, tal relacionamento deve continuar.

Com tantas questões íntimas e subjetivas que envolvem os conflitos familiares, as partes não podem e não devem ficar alheias à sua solução, simplesmente esperando que um terceiro diga o que é certo e o que é errado. É preciso que se dê uma oportunidade às partes a fim de que busquem autorregulamentar a solução do conflito criado por elas mesmas.

Esse exercício de autonomia na solução dos seus próprios conflitos pode ser facilitado com o uso da mediação, já que a mediação é um processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito.

---

637 VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade:* por uma ordem social não violenta. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982. (Série Monografias, n..3), p. 31.

Um clássico exemplo criado pelo programa de negociação de Harvard, citado por vários autores,[638] ilustra muito bem a diferença e a qualidade das soluções que podem existir diante de um conflito. Imagine-se diante do seguinte conflito: suas duas filhas estão brigando desesperadamente para ver quem fica com a última laranja da casa. Ambas precisam muito da laranja, e não há como providenciar outra naquele momento. Qual atitude você tomaria?

A decisão que melhor representa o critério de justiça e bom senso, no consciente e inconsciente das pessoas é repartir a laranja ao meio, dando metade para cada filha. Aparentemente, o problema foi resolvido da melhor forma possível. Aparentemente, porque, após cada qual pegar a parte que lhe cabe, uma espreme sua metade para fazer um suco e joga a casca fora, e a outra utiliza a casca como ingrediente para fazer um doce e joga a polpa fora.

Assim, com aquela decisão que parecia justa e equilibrada, ambas deixaram de ganhar com a repartição da laranja. Logo, a decisão mais satisfatória seria descascar a laranja por inteiro, entregar a casca para uma e a polpa para outra. Tal decisão só é possível num sistema não adversarial de resolução de conflitos, em que as partes possam exercitar a autonomia privada, no qual, em lugar de se buscar um ganhador e um perdedor, busquem-se ganhadores.

A solução mais adequada para colocar fim a um conflito é aquela encontrada pelas próprias partes, pois é a que melhor atende a seus interesses e a que terá maior chance de ser cumprida voluntariamente.

Assim, na separação ou no divórcio consensual, os cônjuges poderão, com base na autonomia privada, estipular sobre a guarda dos filhos menores, o valor da pensão alimentícia, horário de visitas e partilha de bens. Frise-se, mais uma vez, que o Código de Processo Civil de 2015 fomenta a construção de soluções para os conflitos com base na participação efetiva das partes. Os artigos 694 a 697 evidenciam essa tendência de busca pela consensualidade[639], ora admitindo que as

---

638 Entre outros: BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 95, p. 122-134, 1999, p. 127; BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça:* um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 78-79; SCRIPILLITI, Marcos Scarcela Portela; CAETANO, José Fernando. Aspectos relevantes da mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 317-331, jan./abr. 2004, p. 321.

639 AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. PARTILHA DAS COTAS SOCIAIS EMPRESARIAIS. REQUERIMENTO NA PETIÇÃO INICIAL E RÉPLICA. CONCORDÂNCIA DO RÉU. PEDIDO INCONTROVERSO. JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO. CABÍVEL. CONCILIAÇÃO DAS PARTES. DECISÃO MANTIDA. 1. A decisão proferida com base no julgamento antecipado do mérito é impugnável via agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, inciso II e art. 356, §5º, ambos do CPC/2015. 2. Havendo pedido expresso, tanto na petição inicial quanto em réplica, para que as cotas sociais das empresas fossem arroladas como bens pertencentes ao casal e, consequentemente, objeto de partilha na demanda de divórcio, na proporção de 50% para cada parte, correta a decisão proferida em sede de audiência de conciliação, instrução e julgamento que partilhou as cotas sociais com fundamento no art. 356, I do CPC e resolveu parcialmente o mérito da lide. 3. O pedido incontroverso é aquele realizado pelo autor da demanda e o réu concorda de forma expressa, sem maiores polêmicas ou discussões acerca do bem da vida pretendido. 4. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, §3º do CPC), podendo, inclusive, o julgador aplicar as regras do

audiências de mediação possam ser divididas em quantas sessões forem necessárias para a celebração de um acordo apto à solução, ora reconhecendo a necessidade de atendimento multidisciplinar às partes, dadas as especificidades do conflito, ora, principalmente, prestigiando a celebração de um acordo pelas partes e o exercício de sua autonomia privada:

> Art. 694. Nas ações de família, *todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia*, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a *mediação e conciliação*.
> Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.
> Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.
> § 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.
> § 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência.
> § 3º A citação será feita na pessoa do réu.
> § 4º Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos.
> Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.
> Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

### 8.10.1. Limites ao exercício da autonomia privada na dissolução da sociedade conjugal

O negócio jurídico é o instrumento mais importante utilizado pelas pessoas para a realização dos seus interesses, já que tem, na vontade humana, a sua principal fonte de efeitos. Claro que, diferentemente do que ocorria na época do liberalismo, tal vontade, nos dias de hoje, não pode ser colocada como dogma absoluto, nas relações patrimoniais e, muito menos, nas existenciais. É que a ideia de autonomia da vontade cedeu lugar à ideia de autonomia privada.

Algumas normas que regulamentam o direito das famílias são de ordem pública ou cogentes. Paradoxalmente, ou não, são nas questões que versam sobre o direito das famílias, que a vontade das partes envolvidas requer maior consideração. A autonomia privada não pode ficar circunscrita apenas ao direito das obrigações,

---

art. 356 do CPC. 5. Agravo conhecido e desprovido. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 1147434, 07184894820188070000*, Relator: Carlos Rodrigues, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 23/1/2019, publicado no DJE: 12/3/2019).

sobretudo em matéria contratual quando do trato de questões patrimoniais. De acordo com Maria de Lourdes Isaía Pinheiro,

> [...] a despeito dos que entendem o negócio jurídico tão somente com ato de disposição de interesses patrimoniais, acredita-se que, em muitas situações, está ele vinculado diretamente a fins e interesses não econômicos, reconhecendo-se, simultaneamente, a presença de ambos os interesses, os patrimoniais e os não patrimoniais, nos direitos familiares.[640]

A separação ou o divórcio consensual nada mais é do que um verdadeiro negócio jurídico bilateral, que, portanto, finca-se na autonomia privada dos cônjuges. Evidente que esse negócio deve respeitar a forma prescrita em lei para produzir efeitos, ou seja, deve ser homologado judicialmente ou, não havendo filhos menores ou incapazes do casal, ser feito, extrajudicialmente, por escritura pública.

Entretanto, a liberdade de acordar as cláusulas de uma separação ou um divórcio não é absoluta. É inegável que nas relações privadas também existem direitos fundamentais tutelados pelo Estado. Assim, reconhecendo que os titulares das relações familiares, muitas vezes, são também titulares de direitos fundamentais, fica fácil concluir que, não raro, deverá haver limitação da liberdade.

Por isso, o parágrafo único do artigo 1.574 do Código Civil de 2002 autoriza o juiz a não homologar e a não decretar a separação judicial, se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.[641]

Percebe-se com isso que, outrora, a autonomia era limitada para preservar a instituição (o casamento não poderia ser desfeito mesmo diante da vontade dos cônjuges) e, agora, a limitação, quando ocorre, tem por objetivo a preservação da dignidade das pessoas envolvidas.

Assim, na dissolução da sociedade conjugal de um casamento realizado pelo regime de comunhão parcial de bens, não se pode admitir um acordo em que um dos cônjuges renuncie a todos os bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso, sem reserva de outros bens ou renda suficiente para a própria subsistência. Da mesma forma, um acordo que proíba um dos cônjuges de conviver os filhos menores, sem motivo relevante, não pode ser aceito.

Em última instância, a autonomia privada deve existir na dissolução consensual da sociedade conjugal, mas com amplitude proporcional à defesa dos familiares envolvidos e de seus direitos fundamentais.

Além disso, quando há uma desigualdade substancial (jurídica, econômica ou social) entre os cônjuges, dificilmente haverá liberdade real de manifestação de vontade. Nessa situação, a vontade manifesta poderá levar à opressão da parte mais fraca. Por isso, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, que incide

640 PINHEIRO, Maria de Lourdes Isaía. Negócios jurídicos nos direitos de família. *In*: ELESBÃO, Elsita Collor (Coord.). *Pessoa, gênero e família:* uma visão integrada do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 84-85.

641 O grande desafio, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, "[...] é conseguir conciliar o direito à autonomia e à liberdade de escolha com os interesses de ordem pública, que se consubstancia na atuação do Estado apenas como protetor." PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 163.

sobre todos os membros de uma família, nenhum dos cônjuges pode se beneficiar da eventual fragilidade do outro, para obter uma vantagem desproporcional, principalmente quando se trata de questões existenciais.[642]

Os acordos celebrados entre os cônjuges, desde que caracterizados o equilíbrio entre as partes e o respeito mútuo, obtidos sem constrangimentos, não só devem ser homologados como também estimulados. A intervenção estatal só deve ocorrer em situações extremas, nas quais haja ameaça a direitos fundamentais de qualquer dos membros daquela entidade familiar. Essa é a conclusão que se extrai do Enunciado 516 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.574, parágrafo único. Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio."

## 8.11 Jurisprudência sumulada

**STF – Súmula Vinculante 18:** A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal. **Data de Aprovação:** Sessão Plenária de 29/10/2009.

**STF - Súmula 379**: No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais. Data de aprovação: 03/04/1964.

**STF - Súmula 305**: Acordo de desquite ratificado por ambos os cônjuges não é retratável unilateralmente. Data de aprovação: 13/12/1963.

**STF - Súmula 226**: Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede. Data de aprovação: 13/12/1963.

**STF - Súmula 116**: Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados. Data de aprovação: 13/12/1963.

**STJ - Súmula 600:** Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima. Data da Decisão: 22/11/2017.

**STJ – Súmula 336**: A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente. Data da Decisão: 25/04/2007.

**STJ - Súmula 197**: O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens. Data da Decisão: 08/10/1997.

**STJ - Súmula 99**: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte. Data da Decisão: 14/04/1994.

642 Nada impede que, uma vez recusada a homologação do acordo pelo juiz, a parte interessada peça a separação judicial com base no princípio da ruptura, conforme já estudado.

## 8.12 Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 674 aprovado na IX Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.659, inc. IV: Comprovada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o ressarcimento a ser pago à vítima deverá sair exclusivamente da meação do cônjuge ou companheiro agressor.

**Enunciado 664 aprovado na IX Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.240-A: O prazo da usucapião contemplada no art. 1.240-A só iniciará seu curso caso a composse tenha cessado de forma efetiva, não sendo suficiente, para tanto, apenas o fim do contato físico com o imóvel.

**Enunciado 602 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.571. Transitada em julgado a decisão concessiva do divórcio, a expedição do mandado de averbação independe do julgamento da ação originária em que persista a discussão dos aspectos decorrentes da dissolução do casamento.

**Enunciado 571 aprovado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.571 ao 1.582. Se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal.

**Enunciado 518 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.583 e 1.584. A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra aplica-se a qualquer modelo de família. **Atualizados os Enunciados n. 101 e 336 em razão de mudança legislativa, agora abrangidos por este enunciado.**

**Enunciado 517 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.580. A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.

**Enunciado 516 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.574, parágrafo único. Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio.

**Enunciado 515 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.574, *caput*.

Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual.

**Enunciado 514 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.571. A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.

**Enunciado 502 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** O conceito de posse direta referido no art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código.

**Enunciado 501 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** As expressões "ex-cônjuge" e "ex-companheiro", contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio.

**Enunciado 500 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.

**Enunciado 499 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito "abandono do lar" deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.

**Enunciado 498 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A fluência do prazo de 2 anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011.

**Enunciado 338 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A cláusula de não-tratamento conveniente para a perda da guarda dirige-se a todos os que integrem, de modo direto ou reflexo, as novas relações familiares.

**Enunciado 337 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** O fato de o pai ou a mãe constituírem nova união não repercute no direito de terem os filhos do leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes.

**Enunciado 336 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.584. O

parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família.

**Enunciado 335 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.

**Enunciado 334 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse.

**Enunciado 333 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.

**Enunciado 263 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.707: O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da 'união estável'. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família.

**Enunciado 255 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.575: Não é obrigatória a partilha de bens na separação judicial.

**Enunciado 254 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.573: Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de 'outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum' – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges.

**Enunciado 102 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.584: a expressão 'melhores condições' no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança.

**Enunciado 101 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão 'guarda de filhos', à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

**Enunciado 100 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.572: na separação,

recomenda-se apreciação objetiva de fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.[643]

643 BRASIL. Conselho Federal de Justiça. *I Jornada de Direito Civil.* Disponível em: http://daleth.cjf.jus.br/ revista/enunciados/IJornada.pdf. Acesso em: 20 maio 2009.

# 9 União Estável

## 9.1. Da ignorância à relevância: considerações sobre o percurso de reconhecimento legal da união estável

Durante todo o tempo em que o conceito de família esteve resumido ao casamento, a situação social hoje intitulada de união estável foi desmerecida juridicamente. Embora isso possa, hoje, apresentar-se como inaceitável, referido quadro é coerente com a sistemática à época vigente.

Relembrar o fato de que a própria constituição da família *legítima* carecia da permissão estatal, por meio da exigência de certas formalidades, facilita perceber tal adequação lógica. Afinal, aqueles que mantivessem uma relação afetiva, como se casados fossem, assim o faziam se esquivando do cumprimento dos requisitos legais, a garantir a validade familiar. Em outras palavras, significava dizer que: esses casais não se submetiam à avaliação estatal prévia e, a despeito disso, passavam a viver como se tivessem a ela se submetido. Apresentavam, nesses moldes, uma postura insolente, audaciosa, em afronta expressa ao ordenamento jurídico, razão pela qual foram merecedores da pena de *indiferença*. Não faria sentido conceder-lhes os bônus oriundos da instituição familiar sem que tivessem passado pelos ônus, para tanto, impostos. Ainda que pudessem ser casados, o simples fato de terem se esquivado da antecedente avaliação jurídica fê-los sofrer a negação de sua condição de família perante o Direito.

Outro fator clareia ainda mais a coerência dessa ignorância jurídica destinada às uniões estáveis, qual seja, os impedimentos matrimoniais. A constituição da família *legítima* pressupõe a verificação, prévia à celebração pretendida, da inexistência de óbices.

Não se admitia que se casassem os nubentes parentes; o cônjuge viúvo com o condenado pelo homicídio, consumado ou tentado, do seu ex-cônjuge; os nubentes adúlteros entre si; e as pessoas casadas.[644] Esse último óbice, especialmente, era uma decorrência das características matrimoniais de monogamia e indissolubilidade. Não se admitia que uma mesma pessoa estipulasse dois ou mais casamentos. Vedava-se a constituição de mais de uma família, fosse simultânea[645] – o que representaria bigamia ou poligamia – ou sucessivamente – o que representaria considerar dissolúvel o casamento.[646]

644 Os impedimentos matrimoniais vinham arrolados no art. 183, I a VIII, do Código Civil de 1916. Repetem-se no Código Civil de 2002, conforme o art. 1.521, excetuando apenas a proibição relativa ao adultério.

645 Também hoje estão vedados casamentos simultâneos. Todavia, como família já não mais se restringe ao matrimônio, e como este se pode findar, é discutível, contemporaneamente, a vedação para formar entidades familiares concomitantes.

646 Saliente-se que o divórcio somente passou a ser permitido a partir de 1977. Até tal momento, portanto, mesmo as pessoas desquitadas – aquelas que tiveram seu casamento

Como as situações de união estável, porém, escapavam a tal controle – vez que se davam alheias a qualquer domínio jurídico –, elas também representavam, por vezes, relações contrárias, avessas aos requisitos legais para constituição familiar. Também por essa razão, portanto, não apenas eram ignoradas, mas, sobretudo, *condenadas* pelo Direito. Efetivamente, não haveria coerência em postura inversa. Contraditório seria exigir certos parâmetros para o casamento e, ao mesmo tempo, conceder sua qualificação de família a situações que ofendessem esses padrões.

Nessa conjuntura, cunhou-se o termo 'concubinato' para referir-se a tais ocorrências. Adequado às pretensões jurídicas de apatia e repulsa, a palavra carregava o significado de mancebia, de companhia de cama – *cum* (com) *cubare* (dormir) – e, com isso, direcionava ao fato uma avaliação extremamente pejorativa, imputando-lhe a marginalidade jurídica.

A despeito dessa postura negativista do Direito, as situações concretas se configuravam, ainda assim. Cada vez mais perceptíveis se tornavam ambas as espécies de concubinato: ora envolvendo pessoas que poderiam casar-se, mas que não o fizeram – denominado *concubinato puro*; ora compreendendo aquelas que estavam impedidas de casarem entre si – denominado *concubinato impuro*. Em consequência disso, os tribunais passaram a receber, de forma crescente, reivindicações de direitos dos envolvidos, na oportunidade em que a convivência entre eles se findava. Forçou-se, dessa maneira, a confecção de uma disciplina jurídica para a espécie fática.

A conclusão judicial daí resultante conjugou, de um lado, a atenção ao paradigma jurídico de apenas reconhecer por família aquela entidade baseada no casamento; e, de outro lado, o respeito à regra de vedação ao enriquecimento sem causa. Assim, a formação concubinária não foi qualificada por família. Todavia, entendeu-se por adequado conceder aos envolvidos direitos obrigacionais provenientes da formação patrimonial eventualmente realizada durante a convivência mantida.

A hipótese foi judicialmente compreendida como equivalente a uma sociedade de fato, ou seja, uma reunião de esforços estritamente voltada para a aquisição de patrimônio. E isso delimitava tudo – ou nada – que se podia requerer: a divisão do acervo patrimonial obtido pelos concubinos, enquanto viveram em concubinato. É o que se extrai do enunciado 380 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, editada em 03 de abril de 1964: "comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

---

"finalizado" – não estavam autorizadas a constituir outra entidade familiar, juridicamente reconhecida. Nas palavras de Paulo Lobo: "A ausência do divórcio foi responsável pelo crescimento exponencial das relações concubinárias." (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.).

Mesmo após a Lei nº 6.515/77, porém, os que apenas estivessem separados judicialmente – condição similar a dos desquitados – não poderiam, ainda, casar-se novamente. Logo, se iniciassem uma outra convivência conjugal, esta seria concubinária.

Os concubinos eram considerados sócios e, nessa medida, merecedores do rateio dos lucros obtidos pela sociedade por eles formada.[647] A princípio, fez-se necessária, inclusive, a demonstração inequívoca do esforço efetivo de cada um para obtenção do patrimônio. Posteriormente, os tribunais passaram a aceitar o esforço indireto para conceder o direito à partilha, como os serviços domésticos desempenhados pela mulher, por exemplo.[648]

Entretanto, antecedendo essa solução ajustada à sistemática jurídica vigente, a mesma corte judiciária parece ter cometido um "deslize", deixando escapar certa conivência com o tratamento de uma das espécies de concubinato como se família fosse. Pelo enunciado 35[649] da sua Súmula, editado em 13 de dezembro de 1963, foi reconhecido à concubina direito de indenização pela morte do concubino, se proveniente de acidente de trabalho ou de trânsito, desde que se tratasse de *concubinato puro*. Talvez se possa já aí visualizar, ainda que de maneira implícita e bem incipiente, o gérmen da admissão de licitude da formação concubinária entre pessoas legitimadas a se casar. Afinal, parece que o reconhecimento desse direito indenizatório se funda na perda de um ente familiar e não na de um sócio, vez que, se fosse assim, não haveria razão para distinguir o tipo de concubinato existente.

Sobre esse dado, aliás, vale sublinhar a informação trazida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Segundo tais autores, esse entendimento do Supremo não correspondia à inovação. Tratava-se apenas de mais um recurso para tornar pacífico esse direito da concubina – tão caro à sociedade da época –, que já estava posto no Decreto-Lei 7.036, de 10 de novembro de 1944, em seu artigo 21.[650]

Sob a mesma propensão de dar ao concubinato puro a conotação familiar, some-se a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, ainda em vigência hoje, com as alterações trazidas pela Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975.

Em seu artigo 57, § 2º, a Lei de Registros Públicos admite o acréscimo do patronímico do concubino ao nome da concubina, se ambos forem solteiros, viúvos ou desquitados.[651] O § 3º, em continuidade, exige que tal solicitação seja apreciada judicialmente, dependendo sua concessão da concordância do concubino e da

647 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 574.

648 FAMÍLIA – Concubinato. Sociedade de fato. Partilha de bens. Serviços domésticos. Contribuição indireta. A contribuição da concubina, para se ter por configurada a sociedade de fato, quando reconhecida a convivência more uxorio e a existência de bens adquiridos nesse período, pode decorrer das próprias atividades exercidas no recesso do lar e não apenas pela entrega de dinheiro ou bens ao companheiro. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 60.073/DF*. Relator: Min. César Asfor Rocha, julgado em 19/10/1999. *Diário de Justiça*, Brasília, 15 maio 2000).

649 "Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio."

650 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 479.

651 Interessante é perceber a partir daqui, talvez, o reconhecimento da separação de fato como evento caracterizador da extinção matrimonial. De qualquer forma, o § 4º desse mesmo artigo ressalva: "o pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia."

convivência mantida entre eles, que já deve perdurar por, ao menos, cinco anos ou já ter dado ensejo à existência de filhos. A propósito, aliás, corrija-se: a própria legislação não se vale do termo pejorativo 'concubino(a)'; ao revés, inaugura o verbete 'companheiro(a)'[652] para referir-se àqueles que vivam nessa situação, o que já parece concorrer para favorecer a aceitação sociojurídica de ser ela uma forma de família.

Em 1988, finalmente, pela Constituição Federal, o concubinato alcançou *status* de família. Nomeando-se, a partir de então, de união estável, passa a ser compreendida como um núcleo afetivo propiciador da formação pessoal dos seus membros, geradora de efeitos jurídicos de natureza tipicamente familiar, sendo, assim, protegida pelo Estado.

Vale esclarecer, porém, serem vários os autores[653] que vislumbram no artigo 226, § 3º, da Carta Magna somente o reconhecimento do concubinato *puro*, em vistas à parte final do dispositivo que determina: "devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." O entendimento desses doutrinadores é que, se a união estável tem a característica de poder ser transformada em matrimônio, pode-se pressupor que ela deva satisfazer os mesmos requisitos impostos para a realização deste. Logo, se apenas a modalidade pura do concubinato assim se apresenta, deduz-se que o concubinato incestuoso[654] ou adulterino[655] – dito impuro –, para os moldes constitucionais, não representa essa espécie de família.

Após essa arrancada normativa propiciada pela Constituição Federal, a união estável apenas recebeu específica regulamentação normativa em 1994, pela Lei nº 8.971. Por intermédio dessa legislação, foi reservado aos companheiros, entre si, o

---

652 "Art. 57 - Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandato e publicando-se a alteração pela imprensa.
§ 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.
§ 3º O Juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união."

653 Nas palavras de Rolf Madaleno: "[...] doravante como uma entidade familiar denominada como união estável, assemelhada ao casamento, com identidade quase absoluta de pressupostos, com a alternativa de ser transformada a união estável em casamento." (MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.). No mesmo sentido, ainda vale citar: "Restou a união paralela ao casamento, que se converteu no Código Civil em "concubinato", simplesmente, e que alguns resistem em considerar entidade familiar, remetendo-o à solução pré-constitucional do direito das obrigações." (LÔBO, Paulo. *Direito civil:* volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.); "Por óbvio, o concubinato que foi alçado à caracterização de família foi o 'concubinato puro', passando a ser chamado de união estável, exatamente com a intenção de evitar estigmas ou preconceitos." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 480.).

654 Concubinato estabelecido entre parentes proibidos de se casarem, entre si.

655 Concubinato em que um ou ambos os membros são casados.

direito de alimentos[656] e ao companheiro sobrevivente – caso a extinção da união estável se tivesse dado pela morte do outro – direito sucessório[657] relativo à herança do falecido e direito à meação[658] do patrimônio obtido pela comum colaboração. Para além do reconhecimento de direitos, referida normatização chegou a indicar os requisitos constitutivos dessa modalidade familiar – numa quase patente repetição do supracitado artigo 57, § 2º, da Lei 6.015/73: homem e mulher, solteiro(a), viúvo(a) ou separado(a) judicialmente;[659] convivência duradoura de 5 anos, no mínimo; ou prole comum.

Dois anos após, adveio uma segunda legislação sob o mesmo propósito. A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, além de alterar os pressupostos de formação, tornando-os mais fluidos, acrescentou direitos e deveres ao casal.

A constituição da união estável passou a dispensar tempo mínimo de convivência ou filhos. Bastante, a partir de então, é que tal convivência seja contínua e pública, sob o objetivo de formar família, como já preconizava o Texto Maior. Os companheiros têm o dever de respeito e consideração mútuos e, ainda, o dever de assistência recíproca, de cunho material – que poderá ser convertida em alimentos ao fim da convivência – e moral.[660] Em matéria sucessória, somou-se aos benefícios, já previstos na norma de 1994, o direito real de habitação[661] em favor do companheiro supérstite relativo ao imóvel residencial da família. De forma similar, para fins de meação, foi instituída a presunção relativa de esforço de ambos os companheiros na aquisição do patrimônio comum,[662] se onerosa; e foi também reforçado – sem regulamentar, contudo, o dispositivo constitucional – o direito de conversão familiar, transformando em casamento a união estável.

A finalizar essa cadeia normativa, advém o Código Civil de 2002. Por intermédio de apenas cinco dispositivos específicos – artigos 1.723 a 1.727 – o diploma ora se resume a repetir algumas definições dos regulamentos que lhe antecederam; ora serve a completá-las. Em termos práticos, percebe-se que o Código Civil atual promoveu, em partes, a revogação das anteriores disciplinas legais dedicadas à união estável – o que será posteriormente apresentado. Isso compreende um quadro paradoxal: a iniciativa é corajosa em seu caráter revisional e, por outro lado, covarde em seu propósito inovador. Avançou consideravelmente, mas não avançou bem: o atual Código Civil mesclou, nessa matéria, evoluções e retrocessos. Isso torna imperioso reiterar, uma vez mais, a necessidade de se tomar a Carta Magna, e

---

656 Art. 1º da Lei nº 8.971/94.

657 Art. 2º da Lei nº 8.971/94.

658 Art. 3º da Lei nº 8.971/94.

659 Destaque-se que neste momento é reiterada a sugestão de que o sujeito judicialmente separado, embora ainda impedido de se casar, pode constituir válida família, fazendo-o pela união estável. Isso admite questionar até que ponto, efetivamente, a união estável apenas condiz com o anteriormente denominado concubinato puro. Afinal, se também os matrimonialmente impedidos podem assim se reunir, alcançando o *status* de família, talvez o que justifique a proteção jurídica não seja sua equiparação ao casamento.

660 Art. 2º da Lei nº 9.278/96.

661 Art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96.

662 Art. 5º da Lei nº 9.278/96.

seus respectivos princípios normativos, por parâmetro de coerência disciplinadora, a fim de se prezar por uma exegese compatível com a qualidade familiar que a união estável tem e com as peculiaridades que lhe são inerentes. Primeiro, porém, é preciso situar a sistemática hoje em vigor.

## 9.2. Pressupostos legais de configuração da união estável

### 9.2.1. Identificando a definição legal vigente

Pelo apresentado no item anterior, foi possível perceber que as sucessivas legislações que se dispuseram a tratar da união estável não foram uníssonas quanto à sua configuração. Os pressupostos indicados variavam. Dessa forma, para se afirmar quais são eles, na atualidade, inevitável é definir qual dessas disciplinas legais existentes encontra-se em vigor. A solução é simples e deriva da regra geral de intertemporalidade: lei posterior – desde que da mesma natureza – que contrarie anterior revoga esta última naquilo que com ela for incompatível.

As definições de união estável das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 em parte se assemelham e em parte são incompatíveis entre si. A diversidade de sexos dos integrantes dessa família, bem como o estado civil de solteiro, viúvo, divorciado ou separado judicialmente, é repetida em ambas as legislações. No entanto, enquanto a primeira impõe a necessidade de que o casal tenha convivência de ao menos 5 anos ou prole comum, a segunda legislação exige apenas que tal convivência seja pública, contínua e duradoura, sem qualquer prazo mínimo, e que tenha o casal o objetivo conjunto de constituir família.

Dessa forma, aplicando-se a regra de intertemporalidade supracitada conclui-se que a Lei nº 9.278/96 derrogou (revogou parcialmente) a antecessora Lei nº 8.971/94 naquilo que previu contrariamente. Portanto, dispensável é que conviva o casal há necessariamente 5 anos ou tenha prole. A união estável é, pois, estabelecida a partir da *convivência* que mantêm *um homem e uma mulher – solteiro(a), viúvo(a), divorciado(a) ou separado(a) judicialmente* –, a qual, porque fundada no *propósito de constituir família*, apresenta-se *pública, contínua e duradoura*.

O Código Civil de 2002, por sua vez, por meio da redação que traz seu artigo 1.723,[663] para além de reproduzir essa definição trouxe um aspecto novo. A partir dessa norma tornou-se possível reconhecer união estável também entre pessoas que, mesmo não separadas judicialmente, já o sejam de fato. Assim, retornando à regra de intertemporalidade legal, ainda que a vigência da definição estabelecida pela Lei nº 9.278/96 esteja mantida – porque simplesmente repetida pelo Código Civil atual –, há que se acrescer aos seus requisitos mais um estado pessoal que

---

663 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

permite o reconhecimento da união estável: o da pessoa ainda casada, mas já separada de fato.

Assim conceituada essa entidade familiar, vale agora analisar, individualmente, cada um de seus pressupostos.

## 9.2.2. Pressupostos subjetivos

Todo o percurso histórico pelo qual a hoje denominada *união estável* passou é referência que deve ser recorrente para compreensão do seu tratamento jurídico. É de suprema importância não ignorar que a união estável desde sempre foi juridicamente edificada à sombra do casamento – que, até então, era a única forma de família reconhecida e válida. Assim, vários dos requisitos da união estável se assemelham aos matrimoniais – ou os repetem.

Compreender isso não requer maiores esforços. No entanto, é preciso considerar que esse estágio inicial de apreensão jurídica da faticidade do companheirismo já está superado. Hoje, essa realidade deve ser vista inserida num contexto maior: a união estável é uma das mais variadas famílias possíveis e não apenas uma representação próxima do casamento. Esse é o viés aqui proposto para analisar e revisitar seus pressupostos.

### 9.2.2.1. Diversidade de sexos (?)

Na literalidade dos dispositivos que delineiam a união estável, o primeiro requisito subjetivo desta entidade familiar é a heterossexualidade. Seus integrantes hão de formar, necessariamente, um casal. Uma mulher e um homem é que, entre si, constituem tal espécie de família. Assim determinam a Constituição Federal de 1988 e todas as leis infraconstitucionais regulamentadoras (Lei nº 8.971/94, Lei nº 9.278/96 e Lei nº 10.406/02).

Posto nesses moldes o ordenamento jurídico, da sua leitura, a *contrario sensu*, deduz-se que dois homens ou duas mulheres, ainda que cumpram com os demais pressupostos, não comporão união estável. A homossexualidade é fator suficiente a desfigurar tal família. Esse foi o raciocínio linear ressonante, por muito tempo, na jurisprudência[664] e na doutrina.

Todavia, a despeito de linear e amplamente adotado, não deixava de ser um raciocínio que inspirava inquietação, sobretudo num contexto social em que as

---

664 APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – UNIÃO HOMOAFETIVA – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – CARÊNCIA DE AÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida. Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, § 3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher. Revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0024.04.537121-8/002(1). Relator: Des. Domingos Coelho, julgado em 07/08/2006. *Diário de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 08 set. 2006).

uniões homoafetivas passaram a ganhar cada vez mais reconhecimento e ficaram mais aparentes. Isso permitia questionar: por que a heterossexualidade deveria ser essencial à união estável?

A resposta provável parecia ser única: a união estável sempre fora posta por heteroafetiva por ser uma entidade familiar juridicamente criada a partir do casamento, que assim também havia sido instituído. Com isso, transpuseram-se a ela os objetivos próprios do matrimônio, dentre os quais se destaca a pretensão reprodutiva a pressupor relação conjugal apropriada. Os cônjuges hão de formar um casal para alcance dessa meta. *Mutatis mutandis*,[665] os companheiros também.

Ocorre que a procriação já não está necessariamente inserida nem na conjugalidade, nem na sexualidade. Pode dar-se fora dessas – pela adoção ou reprodução assistida, conjunta ou individualmente – da mesma forma que pode haver conjugalidade e sexualidade na qual ela não seja pretendida. É o próprio sistema jurídico que assim se posiciona quando dissocia o estado de filho do estado civil dos pais[666] ou quando distingue genitor e pai.[667] Posta a questão nesses termos, talvez não haja plausibilidade em indicar a heterossexualidade da união estável como um aspecto realmente elementar. É preciso refletir.

A necessidade de reflexão é mais patente quando se analisam as soluções doutrinárias e jurisprudenciais encontradas para a disciplina jurídica dos pares homoafetivos, considerando não poderem ser inseridos na categoria de união estável: ora são incoerentes, ora inócuas.

Já se afirmou, por exemplo, que "a união homossexual [...] será tida como <u>sociedade de fato</u>, e não como união estável, porém, não se veda a <u>analogia</u> entre essa e a homossexual."[668] Eis um pensamento que soa equivocado.

Primeiro porque nomear por sociedade de fato a união homoafetiva é, de pronto, negar-lhe a qualidade familiar, o que seria um retrocesso inadmissível, considerando o conceito atual de família e o princípio da pluralidade.[669] A reunião dessas pessoas não pode ser resumida à soma de esforços para alcance de objetivos

---

665 Mudando o que deve ser mudado.

666 CF/88. Art. 227. § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

667 CC/02. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...]
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

668 BIRCHAL, Alice de Souza. União estável. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 129, grifo nosso. No mesmo sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 2006. v. 5.

669 "O que não se pode tolerar é o seu tratamento como meras sociedades de fato, repercutindo, apenas, no âmbito das relações obrigacionais. Seria um verdadeiro atentado contra os direitos humanos, pois estaria se reduzindo a relação entre dois seres humanos a efeitos, tão-somente, no espaço patrimonial." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 395).

meramente econômicos. "A identidade sexual não serve de justificativa para que seja buscado qualquer outro ramo do direito que não o direito das famílias."[670]

Em consequência, o uso proposto da analogia é, nesse caso, frágil. Afinal, não cabe tratar de maneira semelhante realidades nuclearmente diversas. Se a união homoafetiva é sociedade de fato, não guarda a qualidade de família, própria da união estável. Assim, as realidades seriam merecedoras de tratamento diferenciado: adequado à pura realização econômica, no primeiro caso, e ajustado à satisfação preponderantemente pessoal, no segundo.

Também já houve quem compreendesse as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares análogas à união estável.

Neste sentido, foi o posicionamento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, em importante julgado sobre o tema:

> o relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto. Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher, formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.[671]

Nota-se que quando da referida decisão, em março de 2006, embora se admitisse ter a realidade do par homoafetivo propriedade familiar, mais uma vez, não a consideravam união estável por se crer elementar a essa família a heterossexualidade. Também, mais uma vez, reconheceu-se a proximidade das situações, ao se advogar o uso da analogia.[672] "O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico."[673]

Esse quadro é tautológico. Não se nomeia o fato de união estável por não atender ao critério de diversidade de sexos; mas se defende que seja juridicamente tratada como se união estável fosse, em face da considerável sinonímia que guarda com esta.

---

670 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187.

671 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 238.715/RS*. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 06/03/2006. *Diário de Justiça,* Brasília, 02 out. 2006, p. 4.

672 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA – DIREITO SUCESSÓRIO – ANALOGIA – Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. EI 70003967676. Relatora: Des Maria Berenice Dias, julgado em 09/09/2003. *Diário de Justiça do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre, 10 out. 2003).

673 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187.

Em prol de um preciosismo de símbolos e nomenclaturas literais possivelmente se estão contrariando as regras hermenêuticas. É preciso compreender a indicação normativa "união de um homem e uma mulher" dentro de um ambiente interpretativo que extrapola a redação legal. Identificados e relidos os fundamentos da norma, o que se visualiza é que a heterossexualidade perdeu importância na estruturação familiar à medida que o objetivo procriativo adquiriu certa autonomia frente à sexualidade e à conjugalidade. Ainda que existam diferenças entre a conjugalidade heteroafetiva e a homoafetiva, elas não são juridicamente relevantes porque igualmente aptas a cumprir com os pressupostos caracterizadores de família – afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

A diferença que merece ser salientada – como já foi feito por muitos autores – atine à parentalidade, aos vínculos de paternidade e de maternidade que não serão conjuntos nas famílias homoafetivas. Nestas, em vez de um pai e uma mãe – modelo heteroafetivo – haverá dois pais ou duas mães. Esta questão, de todo modo, está inserida em outro contexto, relacionada com o direito ao planejamento familiar e com o direito de filiação. Não compromete a imputação do predicado de família ou, talvez, de união estável aos pares homoafetivos.

Diante de todo o exposto, têm-se duas posições possíveis. Em atenção à estrita legalidade, a heterossexualidade é pressuposto elementar da união estável, razão pela qual os pares homoafetivos não a formam, mas devem ser juridicamente disciplinados como se a formassem. Em atenção aos fundamentos da heterossexualidade – percebidos por uma atividade interpretativa mais ampla – talvez esta não seja uma característica essencial à união estável, o que permitiria incluir nesse rótulo também a realidade dos pares homoafetivos.

Em julgamento significativo, proferido em 2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o assunto. Por unanimidade, foi favorável à imputação da condição de família à união pública e contínua, estabelecida afetivamente entre pessoas do mesmo sexo.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277-DF[674], o STF sublinhou que a orientação sexual não pode ser fator ensejador de tratamento jurídico discriminatório. A liberdade de disposição da própria sexualidade é integrante do direito fundamental à intimidade e à vida privada, e requer respeito como emanação do princípio da dignidade humana, nos dizeres dos Ministros. Igualmente, a percepção de que a constituição da família é direito que escapa a qualquer significação limitativa formal levou a Corte Constitucional a defender que pouco – ou nada – importa a estrutura apresentada pelo núcleo doméstico. Composto por casal – heteroafetivo ou homoafetivo – a entidade familiar há de ser reconhecida e protegida na sua substância, por força do pluralismo como categoria sociopolítico-cultural.

Dissonâncias, porém, permaneceram entre os julgadores, no que tange à configuração da hipótese como união estável. Na mesma linha das posições doutrinárias precedentes, como se descreveu, os julgadores do Supremo Tribunal

674 Inteiro teor disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635 Acesso em: 17 dez. 2011.

Federal discordaram quanto à tipificação do caso. Compreenderam se tratar de uma espécie familiar diversa daquelas descritas, expressamente, no texto constitucional, os Ministros Cezar Peluzo, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Na visão deles, a realidade não se confunde com a união estável. Nas palavras do último, "tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembleia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento"[675].

Em função de todo o já exposto aqui, a separação do tipo não convence. A leitura se mostra resumida à literalidade textual e despreza aspectos materiais de grande importância. Não bastasse, exatamente como criticado acima, os Ministros dela defensores, ao final, apregoam que a caracterização jurídica da realidade familiar dos pares homoafetivos, numa interpretação *conforme a Constituição*, requer sejam verificadas as mesmas regras da união estável heteroafetiva.

Mais sustentável parece a compreensão dos outros, segundo a qual a menção "entre o homem e a mulher" não é substancial e excludente. Foi apenas mais uma oportunidade de o constituinte relembrar a ausência de hierarquia entre sexos, no âmbito doméstico, e de rechaçar, uma vez mais, qualquer brecha interpretativa de matriz patriarcal.

Dos desdobramentos que esta decisão do STF gerou, vale salientar duas orientações exegéticas, fruto da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, em novembro de 2011. Os Enunciados n.º 523 e n.º 524 não apenas repetem a interpretação de que os casais homoafetivos podem instituir, entre si, família, mas acrescentam que se trata de união estável conversível em casamento. Estas são as respectivas redações: "Art. 1.723. As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família"; "Art. 1.726. É possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação".

Por fim, quanto à diversidade de sexos, há que se atentar para o fato de que, atualmente, este não é mais um pressuposto para a constituição da união estável. O reconhecimento da união estável homoafetiva pelo STF (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132) e a possibilidade, inclusive, de habilitação para o casamento ou conversão da união estável de pessoas do mesmo sexo em casamento, reforçada pela Resolução nº 175[676] do CNJ desautorizam a alegação de que a união estável se circunscreva à heteronormatividade.

675 Fragmento do voto do Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635. Acesso em: 17 dez. 2011.

676 Resolução Nº 175 de 14/05/2013:
Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.
O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,
CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

E a reforçar esta evolução interpretativa, na esteira da Resolução nº 175, o CNJ editou o Provimento nº 37[677], de 07 de julho de 2014, por meio do qual tornou-se facultativo o registro da união estável prevista nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil, mantida entre o homem e a mulher, *ou entre duas pessoas do mesmo sexo.*

Assim, tal qual é reconhecida como união estável a convivência pública, contínua e duradoura, mantida com o propósito de constituir família por um homem e uma mulher - solteiro(a), viúvo(a), divorciado(a) ou separado(a) judicialmente ou de fato -, igualmente deve ser reconhecida a união da mesma forma mantida entre pessoas do mesmo sexo.

### 9.2.2.2. Inexistência de impedimentos matrimoniais

O segundo pressuposto subjetivo da união estável é a inexistência de impedimentos matrimoniais, o que provoca uma automática estranheza. Afinal, a despeito de se versar acerca de um tipo familiar específico, impõe-se que seus componentes sejam capacitados a constituir outra espécie de família. Mais uma vez, portanto, está-se diante de um pressuposto decorrente da ideia – compreensível, mas infeliz – historicamente constante de tratar a união estável sob os moldes do casamento.

Nesse caso há, ainda, um agravante. A ausência de impedimentos matrimoniais foi um aspecto decisivo para o reconhecimento jurídico do companheirismo como espécie de família. Lembre-se de que a união estável se instalou como correspondente ao intitulado, à época, *concubinato puro*. Significa dizer, em outras palavras, que não fosse a possibilidade de casamento entre os envolvidos, o Direito não teria admitido que a convivência mantida entre eles fosse considerada uma realidade familiar.

Os companheiros deveriam poder se casar entre si. Este é o norte sob o qual a legislação atinente ao assunto foi estruturada e, principalmente – e infelizmente –, é o norte sob o qual ela ainda é interpretada.

---

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;
CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;
CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;
CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;
RESOLVE:
Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.
Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.
Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Ministro Joaquim Barbosa

677 Dispõe sobre o registro de união estável, no Livro "E", por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

A Constituição Federal de 1988, ao admitir a união estável por família, determinou que a lei deve "facilitar sua conversão em casamento." (artigo 226. § 3º, *in fine*). A ordem, interpretada a partir do norte acima descrito, gerou o seguinte raciocínio: como o que se deve é *facilitar*, pressupõe-se que tal conversão já seja naturalmente possível, diante das próprias características da união estável, o que equivale a dizer que ela, por si, há de satisfazer os critérios subjetivos de validade matrimonial, não apresentando quaisquer impedimentos.[678]

Há aí um grave equívoco. "Uma vez que 'a lei facilitará sua conversão em casamento' deixou bem claro que não igualou a entidade familiar ao casamento. Não se cogita de conversão, se tratasse do mesmo conceito."[679] Matrimônio e união estável são realidades diversas entre si, apenas se aproximando pela comum qualidade familiar. Para além disso, os pressupostos hão de ser específicos, em atenção às características próprias de cada uma das situações fáticas.

Uma distinção elementar sobressai e pode servir de ponto de partida. O casamento se cria por meio do Direito, razão pela qual é possível lhe impor a satisfação de formalidades jurídicas e a observância de certos requisitos. A união estável, por sua vez, apresenta-se socialmente sem ter passado por qualquer procedimento jurídico prévio. O Direito é chamado apenas a disciplinar seus efeitos, o que compromete, em parte, a tentativa de lhe conferir certos atributos. A pretensão de realizar sobre a união estável o mesmo controle que se faz sobre o casamento é impotente.[680]

É importante ainda considerar que a conversão – da qual se deduz a necessidade de não haver impedimentos matrimoniais – não é providência obrigatória. Trata-se de uma alternativa posta à disposição dos companheiros. Caso queiram podem se tornar casados e, aí sim, devem satisfazer os requisitos matrimoniais. Assim não pretendendo, podem manter sua convivência, exclusivamente, sob união estável, hipótese em que soa desarrazoado exigir o cumprimento de pressupostos do casamento.

A legislação infraconstitucional que se dispôs a disciplinar a união estável também segue essa lógica criticável. Os diplomas normativos ordinários exigem, para reconhecimento da união estável, que os companheiros não apresentem, um

---

678 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 504.

679 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, p. 534.

680 A esse respeito, há discussão sobre a natureza jurídica da união estável. Maria Berenice Dias define-a por ato jurídico (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 581); Paulo Lôbo e Conrado Paulino da Rosa têm-na por ato-fato jurídico (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.; ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 129.); e Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald acreditam tratar-se de simples fato jurídico (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 491). Diferente de todos eles, no entanto, entende-se que a união estável é, tal qual ao casamento, negócio jurídico *sui generis*, por ter efeitos *ex lege* e efeitos *ex voluntade*. Todavia, diferente do casamento, é um negócio jurídico não solene, para cuja validade não é necessário cumprir com qualquer formalidade constitutiva.

em relação ao outro, impedimento matrimonial algum. Todavia, desde as mais antigas às mais novas leis, já se previram ressalvas a esse respeito.

Em matéria de estado civil é sabido que só se pode casar aquele(a) que seja solteiro(a), viúvo(a) ou divorciado(a); isto é, podem se casar aqueles que ainda não são ou que não mais são casados. Assim sendo, a pessoa apenas separada judicialmente não tem capacidade núbil e, por consequência, também não poderia constituir união estável.

No entanto, desde o Decreto-Lei nº 7.036/44 admitiu-se a união estável (concubinato puro) entre pessoas impedidas de se casar por ainda manterem com outrem o vínculo matrimonial, embora não mais a sociedade conjugal. De fato, tal normatização já permitia que as pessoas só separadas judicialmente (desquitadas)[681] pudessem ter reconhecida a união estável que constituíram e ter preservados os direitos daí oriundos. Em sequência, as Leis nº 6.015/73, nº 8.971/94 e nº 9.278/96[682] mantiveram a orientação.

Também o Código Civil de 2002 acatou esse posicionamento e, além dele, previu nova ressalva. A partir de então, mesmo a separação de fato, sem qualquer providência judicial ou cartorial,[683] é suficiente para permitir o reconhecimento jurídico da união estável constituída pelo ex-cônjuge com terceiro.

Essa atual normatização é, na verdade, a concretização de um entendimento já sediado na jurisprudência[684] e na doutrina. Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, claramente explica:

---

681 Por uma leitura sistêmica do Decreto-Lei nº 7.036/44, percebe-se que a companheira teria direito à indenização pela morte do companheiro por acidente de trabalho se este não fosse casado ou se, *desquitado ou separado, assim o fosse por culpa ou por requisição da ex-esposa*. A despeito dessas minúcias – culpa ou requisição da ex-esposa – que figuram como complicadores, o importante parece ser que, já nessa época, a separação judicial não era vista como intransponível óbice ao reconhecimento da união estável. Desde então nem todos aqueles que juridicamente estejam impedidos de se casar também estão impedidos de serem companheiros entre si. A comprovar essa interpretação do diploma normativo, vale transcrever os dois principais artigos relativos ao tema:

[ ]Art. 11. São considerados beneficiários do acidentado, na ordem em que vão enumerados:
a) a esposa, mesmo desquitada ou separada, desde que não o seja por vontade ou culpa sua, ou o esposo inválido, em concorrência com os filhos de qualquer condições, se menores de 18 anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condições ou idade; (grifo nosso)

Art. 21. Quando do acidente resultar a morte, a indenização devida aos beneficiários da vítima corresponderá a uma soma calculada entre o máximo de quatro (4) anos e o mínimo de dois (2) anos da diária do acidentado, e será devida aos beneficiários, de acordo com as seguintes bases:

[...]

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, não haverá distinção entre os filhos de qualquer condição, bem como terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado, na carteira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene de manifestação de vontade. (grifo nosso)

682 Indica-se também essa lei por se entender que ela, nada prescrevendo acerca do estado civil exigido dos companheiros, não revogou, nesse aspecto, a anterior Lei nº 8.971/94, razão pela qual a regra desta foi mantida.

683 Lembra-se aqui da possibilidade trazida pela Lei nº 11.441, de 04/01/07, de realizar, desde que satisfeitas algumas condições, a separação extrajudicialmente. Vide art. 733 do CPC/15.

684 UNIÃO ESTÁVEL – RECONHECIMENTO – COMPANHEIROS CASADOS, MAS SEPARADOS

> Se a Constituição Federal autoriza o divórcio 'comprovada a separação de fato por mais de dois anos' ou 'após prévia separação judicial por mais de um ano', não havia por que não reconhecer a união estável entre pessoas definitivamente separadas, mesmo de fato, ou aquelas que, separadas judicialmente, não tivessem promovido o rompimento do vínculo matrimonial pelo divórcio.[685]

Considerando que todas as formalizações dissolutivas da sociedade conjugal – seja a separação ou o divórcio, judiciais ou extrajudiciais – sucedem a finalização fática da conjugal convivência entre o casal, a legislação passou a identificá-la como evento liberatório dos cônjuges. Por consequência, a partir desta fica permitida a composição de união estável com outra pessoa.

Esse juízo, além de guardar uma coerência interna, melhor atende à pretensão de reservar para a união estável um tratamento jurídico proporcional à sua qualidade de família constituída sem interferência do Direito. Todavia, há quem disso discorde integralmente, optando por insistir na defesa da estrita observância dos impedimentos matrimoniais também para a união estável, porque esta é a ordem supostamente inserida no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Vale citar, nesse sentido, Alice de Souza Birchal:

> Reafirme-se: o separado é impedido de contrair novas núpcias porque permanece casado até o divórcio e, consequentemente, também não pode estabelecer união estável pelo simples motivo de a CF/88, em seu art. 226, § 3º, apenas permitir união estável entre pessoas desimpedidas para se casarem. [...] Fácil é concluir que a separação de fato não tem o condão de dissolver nem a sociedade conjugal, e muito menos o vínculo conjugal, porque os cônjuges só podem dissolvê-los através de formas próprias, previstas em lei [...] a rigor, era inconstitucional o dispositivo da Lei n. 8.971/96 [sic] e agora é inconstitucional, nesta parte, o § 1º do art. 1.723, CC/02, quanto à união estável de quem for separado judicialmente ou de fato, pois é impossível sua conversão em casamento.[686]

Ainda nessa problemática de aplicar à união estável os impedimentos matrimoniais, está inserida a situação do companheirismo simultâneo ao casamento. A dúvida principal que essa hipótese suscita atine à sua caracterização: é ou não união estável?

Adotado o pressuposto da inexistência de impedimentos matrimoniais a resposta se apresenta exata e induvidosa: não há união estável. Da mesma forma

---

DE FATO – ADMISSIBILIDADE – Afigura-se admissível a existência de união estável quando um ou ambos os companheiros são casados, mas separados de fato, sendo vedada apenas a configuração da união em se tratando de relação adulterina, concomitante ao casamento civil. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 231.199-1/00.* Relator: Des. Carreira Machado, *Diário de Justiça de Minas Gerais,* Belo Horizonte, 26 jun. 2002).

685 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 537.

686 BIRCHAL, Alice de Souza. União estável. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 133.

como as pessoas casadas não podem novamente se casar enquanto persistente o anterior casamento, também não podem, antes disso, constituir união estável.

E nem mesmo as ressalvas já legalmente admitidas são capazes de reverter essa conclusão. Isso porque todas elas se baseiam na singular conjugalidade, que, na hipótese ora discutida, não ocorreria. Perceba-se que tanto a separação judicial quanto a de fato são indicadas como permissivas ao reconhecimento da união estável, porque esta será a única família constituída pelo casal.

Assim sendo, a complexidade do assunto se funda na monogamia.[687] Se considerada como um parâmetro comportamental de natureza jurídica imporia um dever-ser que vedaria o reconhecimento de uma entidade familiar concorrencial à originária. Em outras palavras, caso se entenda que a monogamia é um princípio jurídico, não pode o Direito reconhecer por união estável aquela simultânea a um casamento ainda existente, sob pena de provocar uma instabilidade interna ao sistema normativo. Esse tem sido o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência:

> PENSÃO POR MORTE – Companheira. Relacionamento extraconjugal. Não tem direito à pensão a companheira de segurado casado, que, sabendo de seu estado civil, com ele mantinha livre união, concomitante ao casamento. Não há possibilidade de reconhecer a existência de união estável, protegida pela CF, quando a hipótese é de relação adulterina, pois nosso direito é monogâmico, e não permite contemplar a companheira adulterina com favor que a colocaria na condição de uma segunda esposa. Os direitos hoje legalmente reconhecidos à companheira têm como premissa a dissolução da sociedade conjugal, quando menos em termos de fato. Basta mencionar que o art. 226, § 3º, da CF, protege a união que possa ser convertida em casamento, e o novo CC afirma que a união adulterina é concubinato, e não união estável.[688]

---

687 UNIÃO ESTÁVEL – HOMEM CASADO – CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – A união estável pressupõe convivência pública, de forma contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Assim, não pode se dar entre homem casado, na constância efetiva de seu casamento, e mulher solteira. Inteligência do art. 1.723 c/c art. 1.521, VI, do novo Código Civil. Impossibilidade de chancela da poligamia por via indireta. A negativa da união estável não retira a possibilidade da presença de uma sociedade de fato, que apenas se dará se comprovado, cabalmente, o esforço comum da 'amada-amante' na aquisição de bens. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *AC 2006.001.07678*. Relator: Des. Ricardo Couto, julgado em 11/04/2006).
PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. HOMEM CASADO. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO COMPROVADA. IMPOSSIBILIDADE. TESE DO RECURSO ESPECIAL QUE DEMANDA REEXAME DE CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N° 7/STJ. 1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada. 2. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que fique comprovada a separação de fato ou de direito do parceiro casado, o que não ocorreu no presente caso. 3. A tese defendida no recurso especial demanda reexame do contexto fático e probatório dos autos, vedado pela Súmula n° 7/STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp 1737291/AL*, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019)

688 BRASIL. TRF 2ª R. – *AC 97.02.42339-2* – RJ – 2ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. Guilherme Couto – DJU 28.08.2002.

DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSIVIDADE DE RELACIONAMENTO SÓLIDO. CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DO § 1º DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. Para a existência jurídica da união estável, extrai-se, da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, fine, o requisito da exclusividade de relacionamento sólido. Isso porque, nem mesmo a existência de casamento válido se apresenta como impedimento suficiente ao reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato, circunstância que erige a existência de outra relação afetiva factual ao degrau de óbice proeminente à nova união estável. 2. Com efeito, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí por que se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. 3. Havendo sentença transitada em julgado a reconhecer a união estável entre o falecido e sua companheira em determinado período, descabe o reconhecimento de outra união estável, simultânea àquela, com pessoa diversa. 4. Recurso especial provido.[689]

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL NÃO RECONHECIDA. HOMEM CASADO. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO COMPROVADA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. "A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado" (AgRg no AREsp 748.452, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/2/2016, DJe 7/3/2016). 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu pela ausência de comprovação da separação de fato. Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial. 4. Agravo interno a que se nega provimento.[690]

A adoção da monogamia como princípio jurídico já impediu, inclusive, o reconhecimento da união estável putativa em analogia ao casamento putativo[691]. Evidente o equívoco, pois a boa-fé subjetiva não depende de formalidade para se revelar. Não é razoável que uma pessoa de boa-fé, portanto, ignorando o impedimento matrimonial, tenha a proteção jurídica na hipótese de se casar com alguém já casado (art. 1.561 do CC/02) e fique ao desamparo porque ao invés de

689 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 912926/RS*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 07/06/2011.

690 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 999.189/MS*, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 23/05/2017.

691 União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 789293/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 16/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 271).

contrair núpcias, constituiu uma união estável. Não é a formalidade que gera a putativa, mas a boa-fé subjetiva. Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. É inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento em sua constância, salvo nas hipóteses da denominada "união estável putativa", à qual podem ser reconhecidos efeitos, por analogia ao casamento putativo. Isso diante do princípio da monogamia, que rege a formação de entidades familiares em nosso sistema jurídico. Entendimento contrário levaria à necessária admissão de dois casamentos simultâneos válidos, o que não encontra a mínima viabilidade jurídica. NEGARAM PROVIMENTO. POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR.[692]

Por outro lado, caso a monogamia seja compreendida por paradigma ajurídico – que pode ser eleito espontaneamente pelas pessoas, mas não imposto pelo Direito – e os impedimentos matrimoniais um pressuposto exclusivo do casamento, não extensivo à união estável, talvez se possa aceitar que esta seja formada paralelamente a uma família matrimonial. É o que se defende aqui.

A doutrina pouco discute o assunto e quando o faz, repetindo argumentos pragmáticos, acaba por se manter no tradicional direcionamento negativo. Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[693] entendem que a convivência conjugal simultânea ao casamento não caracteriza união estável exatamente porque representaria uma afronta ao preceito jurídico da monogamia. "Os argumentos contrários (...) partem da premissa de ser união estável é relação jurídica *more uxorio,* derivada de convivência geradora do estado de casado, o qual, consequentemente, tem como referência o casamento, que no direito brasileiro é uno e monogâmico."[694] "A união estável é reflexo do casamento [...] não se coaduna com a cultura brasileira uma união poligâmica ou poliândrica, a permitir multiplicidade de relações entre pessoas já comprometidas, vivendo mais de uma relação ao mesmo tempo."[695]

A contribuir para esses entendimentos, todos os autores sublinham a taxativa redação do artigo 1.727 do Código Civil de 2002: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato." Na interpretação promovida por eles, essa norma faz a distinção precisa das situações e, por conseguinte, também da disciplina jurídica a se aplicar a cada uma delas. A união estável, constituída entre pessoas desimpedidas de se casarem, é entidade familiar e pelas normas do direito das famílias há de ser tratada. O concubinato, por sua vez – realidade daqueles que podem até conviver por afeto, de maneira estável e

---

692 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70038714812,* Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 17/03/2011.

693 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 485.

694 LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

695 MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

ostensiva, mas que não podem se casar –, deve ser disciplinado pelo direito das obrigações por corresponder a uma sociedade de fato, não a uma família.[696]

O raciocínio seria perfeitamente adequado à norma em epígrafe se ela estivesse inserida no contexto inicial de reconhecimento da união estável. Afinal, naquele momento, como já se disse, a distinção era elementar e decisiva na concessão ou na negativa da natureza familiar ao fato, tomado o casamento por parâmetro. No contexto atual, porém, tal raciocínio não se apresenta mais razoável.

Não cabe avaliar a união estável ou o concubinato a partir do casamento. Este não é um modelo válido de comparação. É preciso assumir, definitivamente, a não equivalência entre as definições de família e casamento. Este último não pode mais ser tomado, juridicamente, como família exemplar. A partir do conceito contemporâneo de entidade familiar, ele é apenas mais um modelo possível; nem melhor, nem pior que os demais.

É desolador ainda verificar manifestações contrárias a isso, como fez o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 397762/BA: "no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior da proteção o casamento."[697] O que a Constituição protege é a família, apresentada de formas tão variadas como são as possibilidades de autorrealização humana. Nesse sentido, não se deve preliminarmente excluir o concubinato ou – superada a ausência de impedimentos matrimoniais como requisito – a união estável concomitante ao casamento.

Ademais, por outro lado, é extremamente falso imputar à realidade concubinária uma caracterização tipicamente obrigacional quando, na verdade, a união se deve ao afeto havido entre o casal e à pretensão que tem de constituir um ambiente que favoreça o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada um. A reunião preponderante, nesse caso, não é de esforços patrimoniais, e, por isso, é incorreto entender que se trata de uma sociedade de fato. Nesse sentido:

> EMENTA: DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva - pública, contínua e duradoura - um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além

696 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 485-486.

697 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 397762/BA. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 03/06/2008. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 set. 2008.

> de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro.[698]

Por essas principais razões, soa temerário interpretar o artigo 1.727 do Código Civil de 2002 como norma excludente e discriminatória. A situação nela indicada pode corresponder sim a uma entidade familiar, desde que se possam verificar, em concreto, os respectivos pressupostos. A própria redação normativa permite esse pensamento: ela não veda a qualidade familiar do que nomina de concubinato. E não a vedando, também não impede seu reconhecimento jurídico.

> Nada obstante a relação não matrimonializada [e não matrimonializável] receba do CCB a denominação de concubinato, a lei não exclui expressamente efeitos jurídicos a essa forma de conjugalidade. O silêncio da lei, nesse caso, não pode significar um juízo de exclusão – diante das premissas já assentadas – devendo ser interpretado, quando menos, como verdadeira lacuna, que pode ser suprida por meio da analogia.[699]

É preciso perceber que as restrições discriminatórias advêm de uma interpretação retrógrada e descabida que se faz do enunciado legal. Ainda que se admita a existência de distinções entre união estável e concubinato – o que se dá apenas caso se insista na ausência dos impedimentos matrimoniais como pressuposto da primeira – este último não é, por lei, proibido de caracterizar uma família. E não o sendo, não poderá o ordenamento jurídico, e seus intérpretes, negar efeitos derivados dessa caracterização.

A contrariar essa conclusão, não cabe alegar sequer as restrições dos artigos 550 e 1.801, III, do Código Civil de 2002 – legados do Código Civil anterior. Isso porque elas são, simplesmente, consequências da apreciação jurídica do concubinato. Não são a causa desta. Não é porque as restrições legais existem que o concubinato deve ser compreendido como mera sociedade de fato. Ao revés, elas é que somente se sustentam caso permaneça a ideia de que o concubinato não pode guardar qualidade familiar.

---

698 MINAS GERAIS. TJMG. APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0017.05.016882-6/003 - RELATORA: DESª MARIA ELZA. Data do Julgamento: 20/11/08. Data da publicação: 10/12/08.

699 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=5&anais. Acesso em: 02 fev. 2009. p.24.

Dados todos esses aspectos, conclui-se: suplantada a necessidade de que os companheiros possam se casar para então ser possível configurar união estável; suplantada também a monogamia como princípio jurídico, pode-se entender que também é união estável a conjugalidade familiar simultânea ao matrimônio.[700]

---

700 Nesse sentido, admitindo o reconhecimento de famílias simultâneas, citam-se dois julgados do TJRS: APELAÇÃO CÍVEL – UNIÃO ESTÁVEL – RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO – Se mesmo não estando separado de fato da esposa vivia o falecido em união estável com a autora/companheira, entidade familiar perfeitamente caracterizada nos autos, deve ser mantida a procedência da ação que reconheceu a sua existência, paralela ao casamento. A esposa, contudo, tem direito sobre parcela dos bens adquiridos durante a vigência da união estável. [...]. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC 70015693476. Relator: José A. S. Trindade, julgado em 20/07/2006. *Diário de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 31 jul. 2006).

APELAÇÃO CÍVEL – UNIÃO ESTÁVEL – RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. As provas carreadas aos autos dão conta que o de cujus, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a autora por mais de vinte anos. Assim, demonstrada a constituição, publicidade e concomitância de ambas as relações familiares, não há como deixar de reconhecer a união estável paralela ao casamento, que produz efeitos no mundo jurídico, sob pena de enriquecimento ilícito de uma das partes. O termo inicial da união estável é o período em que as partes começaram a viver como se casados fossem, isto é, com affectio maritalis. Recurso parcialmente provido, por maioria. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. nº 70016039497. Relator: Des. Claudir Fidélis Faccenda, julgado em 10/08/2006. *Diário de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 10 ago. 2006).

Por outro lado, do mesmo Tribunal, e até mais recente, o julgado a seguir, evidencia entendimento contrário:

UNIÃO ESTÁVEL. PRESSUPOSTOS. AFFECTIO MARITALIS. COABITAÇÃO. PUBLICIDADE DA RELAÇÃO. PROVA. PRINCÍPIO DA MONOGOMIA. 1. Não é possível conhecer do recurso do réu, quando desacompanhado das razões recursais. 2. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 3. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela affectio maritalis. 4. Não é permitido, no nosso ordenamento jurídico, a coexistência de dois casamentos ou de uma união estável paralela ao casamento ou de duas uniões estáveis paralelas. 5. Constituiu concubinato adulterino a relação entretida pela autora e o réu, pois, no período, ele era casado e, após, passou a conviver em união estável com outra pessoa. Inteligência do art. 1.727 do Código Civil. 6. Não comprovada a entidade familiar, nem que a autora tenha concorrido para aquisição de qualquer bem, a improcedência da ação se impõe. Recurso da autora desprovido e recurso do réu não conhecido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível, Nº 70082308388*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 30-10-2019; Publicação: 01-11-2019.)

Por fim, ainda em sentido contrário à ideia que vem sendo defendida, veja-se o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. IMPOSSIBILIDADE DE UNIÃO AFETIVA PARALELA. ADOÇÃO DO ARQUÉTIPO MONOGÂMICO. CONFORMIDADE COM ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE. PRECEDENTES. APELO DESPROVIDO. 1. Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro reconhecer a família monoparental, matrimonial, homoafetiva e as uniões estáveis, não significa ter chancelado o reconhecimento concomitante de núcleos familiares distintos (CR/88, art. 236, §3º e CC/02, art. 1.723). 2. A dignidade não é um conceito próprio de cada um, mas, sim, um conceito social, daquilo que a sociedade considera digno ou não. É de evidência solar que a sociedade não considera digno quem participa de união paralela a um casamento ou a uma união estável. Portanto, a natureza monogâmica das relações de casamento e de união estável também tem apoio no artigo 1º, III da Constituição Federal, pelo qual é fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana(Código Civil Comentado, Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 1.940/1942). 3. O egrégio Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento de ser

Dessa forma, como bem sinaliza outro ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Brito, a partir da Constituição Federal, está autorizado se falar no "tertium genus do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto. [...] Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo."[701]

### 9.2.2.3. Objetivo de constituir família

Por se tratar de uma situação fática que se configura sem qualquer interferência constitutiva do ordenamento jurídico, a união estável pode, externamente, assemelhar-se a outras realidades como o namoro, por exemplo. Todavia, com essas situações não se confunde por compreender um aspecto íntimo aos sujeitos envolvidos: a intenção de estabelecer uma família entre si.

A união estável é uma entidade familiar e, como tal, requer que, necessariamente, o casal esteja reunido porque pretende constituir um ambiente propício à sua livre realização pessoal. O que justifica o estabelecimento da convivência conjugal deve ser essa pretensão comum dos companheiros. Sem esse *intuitu familiae* não se caracterizará a união estável.

Perceba-se que esse intuito é o fruto do requintado contorno já obtido pelo afeto que os envolvidos mantêm um pelo outro. É reflexo do sentimento aprimorado, que alcança o estágio do compromisso de contribuir para a formação pessoal do outro na expectativa de também receber deste a contribuição para a sua formação pessoal. Significa dizer, em outras palavras, que o objetivo de constituir família é a representação do vínculo afetivo. "Com segurança, só se pode afirmar que a união estável inicia de um vínculo afetivo."[702]

O raciocínio é, por isso, silogístico: a família é o resultado da pretensão dos envolvidos de constituí-la em função desse comprometido afeto havido entre eles; logo, se a união estável é uma família, também ela deve ser fruto da escolha dos envolvidos em estabelecer laços familiares.

Saliente-se, porém, que não basta a intenção. Do contrário, vários namorados, ou mesmo noivos, apaixonados poderiam alegar que vivem em união estável. Ao lado desse ânimo de comprometimento é preciso que uma compatível situação fática já seja concreta, não bastando ser apenas projetada, ainda pendente de efetivação. A pretensão de formar família é um dos pressupostos da união estável que há de

---

inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Tal entendimento é igualmente compartilhado por esta Turma Cível. 4. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *Acórdão 1073795, 20160111202918APC*, Relator: Luís Gustavo B. De Oliveira, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 7/2/2018, publicado no DJE: 15/2/2018. Pág.: 502/506)

701 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 397762/BA. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 03/06/2008. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 set. 2008.

702 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 586.

ser passível de objetiva constatação: "a demonstração do *intuitu familiae* decorre da comprovação da existência de vida em comum."[703]

Isso não torna o ânimo irrelevante, porém. Ele continua a ser decisivo. O que ocorre é que, em vez de se buscar sua comprovação pela aferição apenas do psiquismo dos sujeitos, isso será feito por uma análise comportamental e, por isso, objetiva. São duas instâncias: uma estrutural e uma probatória.

O que estrutura a união estável é a intenção das pessoas que, indubitavelmente, tem natureza subjetiva, interna. Entretanto, como sua prova por uma análise psíquica seria temerária, recorre-se aos fatos, os quais, mostrando-se objetivamente, melhor certificam as reais pretensões do casal. Nesse sentido, há que se receber com cautela o que afirma Paulo Lôbo:

> [...] o objetivo de constituição de família não apresenta características subjetivas, devendo ser aferido de modo objetivo, a partir dos elementos de configuração real fática da relação afetiva (a exemplo da convivência duradoura sob o mesmo teto) para se determinar a existência ou não da união estável.[704]

Permita-se insistir: pensa-se, diferentemente do autor acima citado, que o objetivo de constituição de família é tipicamente de ordem *subjetiva*; referindo-se aos companheiros da união estável e à pretensão que têm. O recurso probatório a certificar a existência desse ânimo é que tem natureza objetiva, posto extrair-se de fatos analisados de maneira externa.

Em princípio, essa pode parecer uma observação de puro preciosismo técnico. Mas, vislumbradas as consequências que podem advir de cada uma dessas explicações, a distinção ganha importância. O que se quer evitar é um absolutismo fático. Não se pode esquecer de que, mesmo constatado por dados objetivos, o elementar para se reconhecer a união estável é a verdadeira vontade dos companheiros de, entre si, estabelecer uma família. Se isso é depreciado, assume-se o risco de, em última instância, impor a existência familiar àqueles que não a pretenderam. Risco que se mostra considerável, dado que a liberação dos costumes, na atualidade, pode propiciar confusão das situações familiares e não familiares.

Uma confusão dessas representaria um grave paradoxo. Afinal, não se pode, de um lado, defender a família enquanto realidade criada pelo afeto intersubjetivo e pela livre escolha pessoal e, de outro lado, permitir que a família seja conferida de forma imperativa a quem não a quis. Principalmente porque, se tal intenção é proveniente do afeto, não há como impor uma família na qual o afeto não exista, tal como exigir que o afeto tenha, necessariamente, contornos familiares; o que é irrealizável.

Não se quer com isso, porém, permitir que a certificação da união estável fique à mercê do ânimo manifestado pelo(s) envolvido(s) ao tempo em que for promovida a análise judicial da situação fática. Afinal, nessa conjuntura qualquer

---

703 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 496.

704 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

dos companheiros pode ter interesse em negar a relação familiar para esquivar-se dos efeitos dela provenientes. Sua alegação sobre a ausência de intenção de constituir família não pode servir como argumento suficiente para inviabilizar o reconhecimento da união estável se todo o contexto real demonstra o inverso. Vale aqui o princípio do *non venire contra factum proprium*; isto é, ninguém pode contrariar seus próprios atos. Se agiu de maneira reiteradamente uniforme a ponto de gerar convencimento alheio sobre sua intenção de formar família, deve arcar com as consequências jurídicas disso, em respeito à confiança desses terceiros convencidos. O ânimo é subjetivo, mas se exterioriza objetivamente, vinculando o agente ao seu próprio comportamento. Logo, quando sua postura demonstrar, de maneira inequívoca, o objetivo de estabelecer uma entidade familiar, não pode servir para contrariá-la sua mera alegação negativa.

Enfim, o objetivo de constituir família é um pressuposto subjetivo da união estável que traduz a existência de uma relação afetiva madura entre o casal e que se comprova pela apuração objetiva de fatos relativos à vida conjugal por eles mantida.

## 9.2.3. Pressupostos objetivos

### 9.2.3.1. Estabilidade

Seguindo o mesmo silogismo acima identificado, é fácil deduzir que, se a estabilidade é um pressuposto para a família, em geral, também o será para a união estável, em particular. Essa situação fática para ser reconhecida por entidade familiar há de ser contínua e duradoura, o que significa que ela deve se constituir direcionada para a permanência – sem termo final previsto –, apresentando-se persistente e consistente.

Deve-se destacar a importância da estabilidade para a constituição familiar. Isso porque, como a família é um recinto voltado para a formação das pessoas que a compõem, ela precisa oferecer a estas alguns referenciais. É a partir de parâmetros subjetivos e intersubjetivos que as pessoas se formam; ora incorporando-os, ora repreendendo-os, a personalidade vai se constituindo. Essas vivências são decisivas para criação das qualidades individuais.

As relações meramente casuais são insuficientes para esse propósito porque não produzem significantes ou indicadores seguros a partir dos quais a pessoa possa se direcionar. A fluidez, que lhes é inerente, prejudica a produção da identidade e da identificação pessoal. Significa dizer, assim, que essas relações não bastam para a estruturação familiar, cuja função é exatamente permitir a autoformação.

A estabilidade da união estável, logo nos primeiros disciplinamentos legais, foi aspecto ao qual se ateve. A Lei nº 8.971/94 exigia que a convivência entre os companheiros perdurasse, ao menos, 5 anos ou que dela já tivesse advindo prole. Tanto o período temporal quanto a filiação foram eleitos como dados comprobatórios da natureza estável da convivência. Considerou-se, nesse momento, um filho ou um quinquênio como demonstrativos convincentes de que o casal tenha se reunido

em permanência. Consequentemente, foi admitida a qualificação desse fato como família.

Já na Lei nº 9.278/96, os identificadores da estabilidade conjugal deixaram de ser tão objetivos e taxativos. Ainda que tenha sido mantida a exigência da relação sólida, tornou-se admissível aferir a constatação de outros aspectos que não a existência de um filho ou uma convivência de necessariamente 5 anos ou mais. A redação do artigo 2º dessa Lei simplesmente voltou a repetir o enunciado constitucional: para fins de reconhecimento da união estável é suficiente que fique comprovada, por intermédio dos mais variados dados que julgar convincente o juiz, a convivência contínua e duradoura. Assim, derrogou-se, nessa parte, o artigo 1º da Lei nº 8.971/94: "porque importa ao relacionamento a sua qualidade e não o tempo da relação"[705] ou a presença de um ou mais filhos.

A mesma redação legal trazida pela Lei nº 9.278/96 foi conservada pelo artigo 1.723 do Código Civil de 2002. Também nessa norma mais recente foram deixados em aberto os aspectos que podem ser considerados para apreensão da estabilidade do relacionamento, necessária à configuração da união estável.

Todavia, nesse mesmo diploma há outra norma que parece contrariar tal orientação. Trata-se do artigo 1.830 que assim prevê: "Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem *separados de fato há mais de dois anos*, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente."

Diante dessa ordem, fica plantada a dúvida sobre ser, ou não, obrigatório aos companheiros conviver há tempo superior a dois anos para ter reconhecida a união estável e resguardados os direitos daí oriundos, dentre os quais, inclusive, os de cunho sucessório. Afinal, pelo que sugere a literalidade dessa última norma, interpretada *a contrario sensu,* ainda que o falecido, já separado de fato do ex-cônjuge, vivesse, quando do falecimento, em união estável com terceira pessoa, caso essa família não tenha durado mais de 2 anos, ela será desmerecida, resguardando-se direitos sucessórios à ex-esposa ou ao ex-marido do casamento anterior. Perceba-se, dessa maneira, a existência de uma antinomia de normas que há de ser tratada.

Se se segue a regra hermenêutica de que a norma especial prevalece sobre a geral na incompatibilidade, seria possível concluir que os 2 anos de convivência entre o falecido, apenas de fato separado, e o(a) companheiro(a) são necessários, especificamente, para titularidade de direitos sucessórios deste(a) último(a). No entanto, esta não se apresenta como uma solução razoável.

Não faz sentido exigir tal período para tão somente este efeito porque se trata de uma característica relativa à própria configuração da entidade familiar. Os direitos sucessórios derivam, direta e unicamente, da *existência* da união estável ao tempo da morte. Em última instância, ou o prazo de convivência é obrigatório para *ser* união estável ou ele é dispensável. Não pode ser exigido para fazer surgir apenas

705 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. No mesmo sentido está PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 542.

um direito. Por conseguinte, essa definição interferirá, necessariamente, em todos os efeitos que têm por causa essa família. É preciso determinar, pois, um único conjunto de aspectos configuradores da união estável.

Para tanto, pode-se até valer da mesma regra hermenêutica, segundo a qual a norma especial prevalece sobre a geral, quando incompatíveis entre si. Ocorre que, nesse caso, porque se tem por alvo a constituição em si da união estável, a regra especial é a do artigo 1.723 do Código Civil de 2002. É ela que se dispõe a, especificamente, regular a configuração dessa espécie de família. Logo, ela é que deve prevalecer sobre a regra do artigo 1.830 do mesmo diploma legal. Principalmente porque, como essa última norma se resume a disciplinar um efeito derivado da existência da união estável, há de manter consonância com a definição desta.

Em conclusão, se o artigo 1.723, tanto no *caput* quanto no parágrafo primeiro, permite reconhecer união estável formada por pessoa(s) separada(s) de fato, sem exigir tempo mínimo em que assim esteja(m), é esta a regra que há de ser observada para definir a existência dessa família e para disciplinar todos os direitos que ela faz derivar. Nesse sentido, o artigo 1.830 deve ser interpretado sistematicamente, o que leva ao desmerecimento do prazo de 2 anos nele previsto. É ainda atual, portanto, a dispensa de prazo mínimo de convivência, bem como a existência de filho comum para caracterização da estabilidade necessária ao reconhecimento da união estável.

Ainda acerca da estabilidade dessa família, há outra importante discussão oriunda do enunciado 382 da Súmula do STF. Esse posicionamento jurisprudencial põe em dúvida a real necessidade de haver coabitação entre os companheiros para se ter sua relação por estável e, assim, configurada a instituição familiar.

O enunciado prevê que "a vida em comum, sob o mesmo teto, *more uxorio,* não é indispensável à configuração do concubinato." Em outras palavras, o que se expressa é: para caracterização do concubinato fica dispensada a coabitação do casal com ânimo de formar família.

Para além dessa literalidade, porém, a correta compreensão do enunciado requer algumas cautelas. O destaque de aspectos relativos à sua fonte impõe algumas importantes advertências.

De início, sublinhe-se que esse posicionamento do STF data de 1964. Trata-se de uma época em que a união estável não era juridicamente tida por espécie familiar. A própria denominação utilizada foi concubinato a significar mera companhia de cama. Dessa forma, justifica-se que à situação se tenham negado características inerentes à família, como sinais de consistência, de estabilidade. Como se pressupunha ser o concubinato uma típica hipótese de descompromisso, a vida em comum sob o mesmo teto foi crida por um evento incompatível.

É perceptível que a coabitação, no enunciado, é indicada como símbolo de comprometimento. Isso porque, inclusive, vem seguida da expressão *more uxorio* que denota viver maritalmente ou, dito de outra forma, conviver em estado de casado ou em estado de família conjugal. De fato, viver sob o mesmo teto é tomado como representante do ânimo de constituição familiar e, sendo assim, dispensá-lo no concubinato era negar que os concubinos tivessem essa pretensão e, por

consequência, negar que formavam família entre si. Naquele contexto, era nisso que se cria.

Por outro lado, é relevante salientar que todos os precedentes jurisprudenciais embasadores do enunciado se referem à ação de investigação de paternidade[706]. Isso quer dizer que as discussões geradoras do posicionamento do STF se resumiram na busca de indicadores de um mero estado fático de relações íntimas entre o casal. Também por isso, então, acreditou-se dispensável a coabitação e a pretensão de constituição familiar que ela pudesse representar. Tendo-se por objetivo apenas confirmar que o concubino era pai do filho da concubina, era realmente bastante notar que o casal mantinha relacionamento que implicasse relações sexuais.

> A jurisprudência dos pretórios pátrios, inclusive o S. Trib. Fed. (Rev. de Direito, vol. 109, pág. 166), porém, há dado uma significação mais ampla ao concubinato, adotando, por bem dizer, o entendimento de que, para sua existência não é necessária vida em comum, sob as mesmas telhas, como marido e mulher, senão se reclamam, apenas, as relações íntimas e frequentes (Trib. de M. Gerais, in Rev. For. vol. 75, pág. 161; Trib. de São Paulo, in Rev., vol. 93, pág. 95; Trib. do Ceará, in Rev. Jurisp. e Decisões, de 1935, p. 228). Essa divergência, contudo, de maior valia carece, porquanto, como se disse, a orientação da Excelsa Côrte, a quem se comete a função uniformizadora da exegese das leis do país, já, por meio de um rol de julgados, assentou que concubinários não são somente os que vivem more uxório (Rev. de Direito. vol. cit.) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 49212. Relator: Min. Ribeiro da Costa, julgado em 12/06/1962. *Diário de Justiça,* Brasília, 19 jul. 1962).
> É até muito comum ver-se amantes solteiros em concubinato, tendo domicílios diferentes. Em matéria de concubinato a prova é ampla.[707]

Em última instância, o enunciado 382 da Súmula do STF, para caracterizar o concubinato, exonera o casal da vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, (i) por se crer, à época, que ele representava uma relação descomprometida, na qual não havia estabilidade a demonstrar o *intuitu familiae* e (ii) porque os debates geradores desse entendimento tinham por foco apenas indicar aspectos dos quais se pudesse extrair que o casal se relacionava sexualmente com frequência.

Na atualidade, entretanto, não se crê mais que a realidade da união estável – anteriormente intitulada concubinato – corresponde a um relacionamento despropositado ou descompromissado. Muito diferente disso, admitindo-se que a união estável é uma entidade familiar, reconhece-se nela a reunião de pessoas que têm o comum propósito de constantemente se auxiliarem na formação de suas personalidades. Trata-se de uma relação detentora de estabilidade.

Sendo estável, a característica que o Supremo Tribunal Federal lhe negou talvez lhe pudesse agora ser concedida. A vida conjugal sob o mesmo teto foi

706 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 2004. Relator: Min. Hermenegildo de Barros, julgado em 06/09/1932. *Diário de Justiça*, Rio de Janeiro, 06 set. 1932; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 49212. Relator: Min. Ribeiro da Costa, julgado em 12/06/1962. *Diário de Justiça*, Brasília, 19 jul. 1962

707 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 2004. Relator: Min. Hermenegildo de Barros, julgado em 06/09/1932. *Diário de Justiça*, Rio de Janeiro, 06 set. 1932.

dispensada porque apenas se buscavam indícios de paternidade e porque se cria faltosa a estabilidade na situação, dado se confiar na inexistência do ânimo de formar família. Acreditando-se, a partir de então, na presença desse ânimo e na estabilidade dele decorrente, a coabitação poderia passar a ser entendida como própria da união estável, como um dos seus pressupostos. Este é um raciocínio possível; não é, contudo, o que se defende.

Pensa-se que a coabitação continua a ser irrelevante para caracterização da união estável; mas isso não porque esta seja uma convivência fugaz ou sem comprometimento e sim porque a vida conjugal sob o mesmo teto não é a única prova possível da estabilidade. A inexistência de coabitação não é, por si só, prejudicial à constatação da união estável. Essa entidade familiar, enquanto tal, há de necessariamente compreender estabilidade; todavia, poderá demonstrá-la por outros fatores que não a coabitação.[708]

Um raciocínio sistemático do próprio Código Civil em vigor valida essa conclusão. Em geral, admite-se que uma pessoa, indiferente de seu estado civil, mantenha dois ou mais domicílios, em razão da profissão ou de outros motivos razoáveis.[709] Mais do que isso, é admitido, especialmente, considerar domicílio qualquer das várias residências alternadas que uma mesma pessoa mantenha.[710] Também assim, portanto, podem os companheiros agir, desde que a decisão tenha sido fruto de consenso, preservando, assim, o *intuitu familiae* e a reflexa estabilidade conjugal. Cada um pode manter residência própria e, alternadamente, passar períodos na residência alheia, tornando-a comum, por exemplo. Uma vez concordes os companheiros, a ausência de coabitação fixa, de único domicílio comum não pode ser encarada como obstáculo ao reconhecimento da união estável por eles mantida. Afinal – permita-se reiterar – a vida em comum sob o mesmo teto é apenas um dos vários fatores aptos a certificar que aquelas pessoas compartilham entre si a intenção de ser uma família.

Corroborando esse entendimento, há decisão, datada de 12 de março de 2009, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que admitiu a existência de união estável entre duas pessoas idosas vizinhas. A hipótese se refere a uma preciosa convivência de cuidado e ajuda mútua, na qual ficou nítido que o casal constituía uma família, tratando-se permanentemente como companheiros, ainda que tivessem casas separadas. Vale transcrever parte do voto do Relator Desembargador Rui Portanova:

---

708 Sobre o fato de a coabitação, no sentido de vida sob o mesmo teto, ser considerada elemento acidental, e não essencial, da comunhão plena de vida e, consequentemente, da sociedade conjugal e da união estável, recomenda-se a seguinte leitura: CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. A coabitação como elemento acidental e não essencial da sociedade conjugal e da união estável: a lição da pandemia da Covid-19. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 26, p. 107-129, out./dez. 2020. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/601/420 .Acesso em: 28 ago. 2022.

709 Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.
Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.

710 Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

> Elas (*sic*) moravam no mesmo terreno, com um pátio comum, e passavam o tempo ora sob 'teto' de um, ora sob o 'teto' de outro.
> Note-se que não era sempre e continuamente sob o 'mesmo teto', mas com certeza no mesmo local, juntos, como se família fossem nas lides diárias.
> [...]
> Ou seja, o que eu quero deixar claro aqui é que podemos supor que as partes desde antes da união possuíam casas distintas, mas que a vida entre eles, dentro do mesmo terreno, do mesmo pátio, com o início da união estável, já era uma vida em comum, onde se utilizavam ora da casa de um, ora da casa de outro.[711]

Em suma, a estabilidade é um pressuposto da união estável como o é de outras entidades familiares. Ela pode ser extraída de aspectos variáveis, apresentados no caso concreto. Em outras palavras, significa dizer: a comprovação da estabilidade é elementar; o que não é elementar é que seja feita pela verificação de fatores rígidos e estanques, como tempo mínimo de convivência, filho ou coabitação.

### 9.2.3.2. Ostensibilidade

A finalizar os requisitos objetivos da união estável, resta analisar a ostensibilidade. Trata-se de um pressuposto expressamente inaugurado pela Lei nº 9.278/96 e repetido na Lei nº 10.406/02 (Código Civil – art. 1.723). Todas as definições legais da união estável presentes nesses diplomas sublinharam a necessidade de ela ser pública.

A ostensibilidade decorre da própria qualidade de família dessa realidade social e da sua inerente estabilidade. Dito de outra forma, ela é a publicidade do caráter estável da relação familiar estabelecida pelos companheiros. Nesse sentido, é ideia que completa a que foi desenvolvida no tópico anterior.

A ostensibilidade é requisito resultante de outro, qual seja a estabilidade. Refere-se ao teor externo desta, consistindo nos seus vestígios públicos, sociais. É, em última instância, a notoriedade extrínseca do vínculo permanente que têm os companheiros justificado pelo ânimo de constituir família. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a propósito, chegam a afirmar que a ostensibilidade não é requisito propriamente dito: "é possível afirmar que a grande relevância da publicidade como elemento das uniões estáveis se desdobra no campo probatório e não como efetivo elemento caracterizador."[712]

Seja mera prova ou real pressuposto, é curioso perceber que, realmente, existe uma forte relação de dependência entre a ostensibilidade e a estabilidade. De fato, o reconhecimento público do elo conjugal por pessoas alheias a ele só se faz possível pela constância deste. As uniões esporádicas, infrequentes, têm uma difícil

---

711 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ap. Civ. 70027012988*. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 12/03/2009. *Diário de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 17 out. 2008.

712 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 503.

percepção externa. É improvável que o conjunto social no qual essas relações se inserem se dê conta da sua existência.

Percebido esse condicionamento entre os requisitos, facilmente se deduz um lógico raciocínio. Ao se admitir que a estabilidade própria da união estável não se resume a precisos fatores – como filho comum, coabitação ou tempo fixo de convivência –, deve-se admitir, em consequência, que sua ostensibilidade pode se apresentar de maneiras variadas. Como já se pronunciou o STF, "em matéria de concubinato [leia-se: união estável] a prova é ampla."

Esclareça-se melhor: na mesma medida em que a estabilidade não comporta elementos taxativos, também não os admite a ostensibilidade – mormente porque reflexo daquela. Não convém incorrer no erro de dispensar a satisfação de aspectos determinados para a estabilidade e impô-los para a ostensibilidade. Afinal, se a ostensibilidade nada mais é que a projeção extrínseca da estabilidade, as peculiaridades desta, inevitavelmente, conformarão aquela. A notoriedade social da união estável se dará na exata forma como a permanência da relação é estruturada pelos próprios companheiros.

Assim, não se pode concordar com Rolf Madaleno, quando afirma que "não há razão alguma para a dispensa da coabitação na união estável e nem há outro sentido na exigência de *convivência pública* para a sua configuração [...]."[713]Não cabe eleger protótipos predeterminados de ostensibilidade. Isso seria um contrassenso. Aceitar que a estabilidade pode se apresentar diferentemente e, ao mesmo tempo, exigir que ela somente será considerada existente se comprovados certos aspectos é incoerente. A mesma liberdade para constituição do caráter permanente da relação familiar deve ser resguardada às formas de apresentação da ostensibilidade.

Talvez não necessariamente seja preciso, por exemplo, que todos os grupos sociais com os quais convive o casal os reconheçam por companheiros. Pode ser suficiente, num caso concreto qualquer, que apenas o grupo social mais íntimo – excluído o profissional, por exemplo – realize essa apreensão. Noutro caso, porém, pode ser que isso não baste para atestar a estabilidade sem a qual não há família.

Em conclusão, a ostensibilidade deve ser compreendida como um conceito, em essência, variante. Pode se traduzir de muitas formas. Ainda que todos os conceitos relacionados à família hão de ser tomados por plurais, a ostensibilidade parece ser o que mais requer destaque desta peculiaridade. Isso porque, como é a aparência pública da relação familiar, tentar impor a ela estruturações obrigatórias é assumir o risco de retomar o equívoco de entender a família por um ente autônomo, uma instituição superior a seus membros. Afinal, tais estruturações obrigatórias aniquilariam as individualidades dos familiares e a singular conotação que dão à sua família. Em se tratando de união estável, então, esse risco é ainda maior, já que consiste numa entidade familiar que surge alheia a qualquer avaliação jurídica constitutiva.

---

713 MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

## 9.3. Efeitos da união estável

Em princípio, parece um contrassenso regulamentar as uniões estáveis, ou seja, estabelecer direitos e deveres entre os companheiros, já que é da essência desses relacionamentos informais não querer a intervenção do Estado. Conforme alerta Rodrigo da Cunha Pereira,

> A questão da regulamentação ou não das uniões estáveis não é simples. Pode-se dizer que é mesmo paradoxal: por um lado significa a interferência excessiva no campo do privado, com risco até mesmo de acabar com ela. Por outro lado, a falta de regras jurídicas pode ocasionar injustiças, uma vez que da comunhão de vida entre duas pessoas podem nascer efeitos e consequências que merecem, de uma forma ou de outra, proteção jurídica.[714]

Nesse sentido, propõe-se, a partir de agora, discutir os efeitos pessoais, sociais e patrimoniais da união estável considerando a sua peculiaridade como situação de fato e, principalmente, considerando que a Constituição atribui a todas as entidades familiares a mesma dignidade e igual merecimento de tutela, sem hierarquizá-las.

### 9.3.1. Efeitos de ordem pessoal

#### 9.3.1.1. Direitos e deveres dos companheiros[715]

A Lei nº 8.971/94, enquanto foi o único disciplinamento legal da união estável, não impunha aos companheiros quaisquer direitos e deveres a serem respeitados no trato da convivência. Durante todo o tempo em que apenas esse diploma legal vigorou, a relação íntima deste casal não foi especificamente normatizada. Somente com o advento da Lei nº 9.278/96 é que o ordenamento jurídico passou a exigir dos companheiros, expressamente, deveres e conceder-lhes respectivos direitos.

Originalmente foram previstos dois deveres relativos à relação de companheirismo: respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíproca.[716] O Código Civil de 2002, por sua vez, além de repetir esses dois já

---

714 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 188, *E-book. E, também, em:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável.* 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 45.

715 Em relação aos efeitos pessoais da união estável é importante destacar a análise crítica feita por Carmem Lucia Silveira Ramos: "Qualquer regulamentação, caso tome como parâmetro as normas relativas à família oriunda do casamento, particularmente no que se refere aos efeitos pessoais da união estável, pode ser considerada contraditória, se não com a opção feita pelos envolvidos, no sentido de manter uma família sem casamento, pelo menos com a própria natureza da situação de fato: qual seria o sentido e pertinência de impor-se uma normatização análoga à vigente para o casamento à convivência do casal que, em tese, optou por uma vida em comum não formalizada?" (RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento:* de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 120).

716 "Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

previstos, acrescentou um terceiro dever: o de lealdade.[717] Atualmente, portanto, a união estável, uma vez configurada, impõe aos companheiros que se respeitem, que se assistam, material e moralmente, e que sejam leais.

Nota-se, dessa forma, que os primeiros deveres coincidem com os advindos do casamento. O respeito e a assistência são exigidos tanto dos cônjuges quanto dos companheiros – razão pela qual, inclusive, tudo que se explicou no estudo sobre o casamento vale também para a união estável. O último dever, no entanto, parece ser diverso.

Aos cônjuges é imposta a fidelidade; aos companheiros a lealdade. A despeito de os termos usados serem distintos, vários juristas vêm defendendo a noção de que as ideias são concêntricas: a lealdade abrange a fidelidade, sendo mais extensa que esta. "Ser fiel ou leal é corresponder à confiança do parceiro, a lealdade vai além do compromisso de fidelidade afetiva, abrange um amplo dever de respeito e de consideração devida mutuamente entre os companheiros, no propósito de perpetuarem a sua relação afetiva."[718]

De fato, parece que ser leal é mais amplo do que simplesmente abster-se de ter relações sexuais com terceiros – definição comum de fidelidade. Ser leal é ter compostura prestigiosa à relação de afeto preestabelecida, integralmente. Isso significa evitar todos os comportamentos que possam ser ofensivos ao vínculo familiar e ao(à) companheiro(a); tenham eles conotação sexual ou não. Dessa maneira compreendida, a lealdade é quase redundante à ideia de respeito e consideração, servindo para reforçar a necessidade de sua observância.

### 9.3.1.2. Direito ao acréscimo do sobrenome do(a) companheiro(a)

Desde 1975, mediante alteração inaugurada pela Lei nº 6.216, a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) admite à companheira o acréscimo do patronímico do companheiro, em função da união estável por eles estabelecida, desde que satisfeitos alguns requisitos. Trata-se, em princípio, de simples efeito ordinário, proveniente da existência familiar, similar ao que ocorre quando há casamento; razão pela qual não geraria muitos questionamentos.

Todavia, a começar por ser o diploma legal concessivo de tal direito anterior a qualquer normatização da união estável e somado o fato de não ser esta uma família identificável com o casamento, dentre outras observações importantes, é preciso analisar essa permissão com um pouco mais de rigor.[719]

---

I - respeito e consideração mútuos;
II - assistência moral e material recíproca;
III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns."

717 "Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos."

718 MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. No mesmo sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 513; AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 444.

719 ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. INCLUSÃO.

A Lei de Registros Públicos previa:

> Art. 57. [...]
> [...]
> § 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.
> § 3º O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união.

A partir de uma hermenêutica atualizada do dispositivo era possível chegar a algumas simples conclusões de antemão. Primeiro: em atenção à igualdade constitucional entre homens e mulheres, o direito ao acréscimo do patronímico deveria ser entendido como de titularidade tanto da companheira como do companheiro.[720] Segundo: dispensados tempo mínimo de convivência ou filhos para reconhecimento da união estável, devia-se entender que o direito ao acréscimo do patronímico independia da confirmação de tais aspectos, bastando que fosse a família comprovada, pela satisfação dos pressupostos anteriormente estudados.

---

PATRONÍMICO. COMPANHEIRO. IMPEDIMENTO PARA CASAMENTO. AUSENTE. CAUSA SUSPENSIVA. APLICAÇÃO ANÁLOGICA DAS DISPOSIÇÕES RELATIVAS AO CASAMENTO. ANUÊNCIA EXPRESSA. COMPROVAÇÃO POR DOCUMENTO PÚBLICO. AUSENTE. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 57 DA LEI 6.015/73; 1.523, III; E PARÁGRAFO ÚNICO; E 1.565, §1º, DO CÓDIGO CIVIL. 1. Ação de alteração de registro civil, ajuizada em 24.09.2008. Recurso especial concluso ao Gabinete em 12.03.2012. 2. Discussão relativa à necessidade de prévia declaração judicial da existência de união estável para que a mulher possa requerer o acréscimo do patronímico do seu companheiro. 3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 4. Não há impedimento matrimonial na hipótese, mas apenas causa suspensiva para o casamento, nos temos do art. 1.523, III, do Código Civil. 5. Além de não configurar impedimento para o casamento, a existência de pendência relativa à partilha de bens de casamento anterior também não impede a caracterização da união estável, nos termos do art. 1.723, §2º, do Código Civil. 6. O art. 57, §2º, da Lei 6.015/73 não se presta para balizar os pedidos de adoção de sobrenome dentro de uma união estável, situação completamente distinta daquela para qual foi destinada a referida norma. Devem ter aplicação analógica as disposições específicas do Código Civil, relativas à adoção de sobrenome dentro do casamento, porquanto se mostra claro o elemento de identidade entre os institutos. 7. Em atenção às peculiaridades da união estável, a única ressalva é que seja feita prova documental da relação, por instrumento público, e nela haja anuência do companheiro que terá o nome adotado, cautelas dispensáveis dentro do casamento, pelas formalidades legais que envolvem esse tipo de relacionamento, mas que não inviabilizam a aplicação analógica das disposições constantes no Código Civil, à espécie. 8. Primazia da segurança jurídica que deve permear os registros públicos, exigindo-se um mínimo de certeza da existência da união estável, por intermédio de uma documentação de caráter público, que poderá ser judicial ou extrajudicial, além da anuência do companheiro quanto à adoção do seu patronímico. 9. Recurso especial desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1306196/MG*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013)

720 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 514.

A propósito dessa segunda conclusão, inclusive, é preciso salientar a especificidade do procedimento para adicionar o sobrenome do(a) companheiro(a) em relação ao que ocorre no casamento.

Na família matrimonial, porque constituída por intermédio do Direito, há o cumprimento de certas solenidades prévias, sendo permitido, pois, que nessa própria fase preparativa já se formalize a opção dos nubentes em somar aos seus o apelido de família do outro. Assim, no casamento, é no processo de habilitação, em sede cartorial, que a providência de acréscimo do patronímico se dá. Na união estável, porém, não é possível a mesma condução. Como ela é uma entidade familiar que se cria alheia a formalidades jurídicas, exigia-se um procedimento próprio para que o direito à alteração do nome fosse exercido. Era preciso, nesse caso, valer-se da ação de retificação de registro; o que quer dizer que a solicitação era processada em sede judicial e não cartorial. A somar, como esse direito só existia porque havia família, também era preciso previamente comprovar a realidade desta. Em outras palavras, a ação de retificação pressuporá – e exigirá – que já tenha sido judicialmente declarada a união estável em questão ou que venha a sê-lo, em ação concomitante – reconhecimento de união estável cumulada com retificação de registro.

Por fim, vale sublinhar uma curiosidade inserta nesse direito dos companheiros. Note-se que o artigo 57, § 2º, da Lei nº 6.015/73 concedia o acréscimo do patronímico "desde que *haja* impedimento legal para o casamento"; isto é, somente se os companheiros *não* pudessem se tornar cônjuges é que poderiam adicionar o sobrenome do outro.

A despeito de se defender a necessária adequação da regra ao contexto normativo contemporâneo – como acima demonstrado – era bastante interessante perceber, por meio da sua literalidade, que, originariamente – por mais contraditório que isso pudesse parecer – o ordenamento jurídico apenas concedia tal direito ao concubinato *impuro*. Significava dizer, de outra forma, que o Direito premiava com tal faculdade, única e tão somente, a situação que em maior grau lhe ofendia, qual seja a das pessoas que viviam como se casadas fossem, embora nem casadas, mesmo que pretendessem, podiam ser. Eis uma grande incoerência que talvez só possa ser explicada com um raciocínio: assim se dispôs o sistema normativo porque caso também permitisse o acréscimo de patronímico no concubinato puro desestimularia, ainda mais, as pessoas que podiam casar-se entre si a fazê-lo, promovendo, indiretamente, tal situação ao *status* matrimonial.

Contudo, a evolução se processou e as contradições apresentadas nos parágrafos anteriores cessaram. A Lei nº 14.382/22 deu nova redação ao art. 57 da Lei nº 6015/73 e facilitou sobremaneira a alteração do sobrenome tanto do cônjuge quanto do companheiro. Em relação ao cônjuge, estabelece o Art. 57 da Lei nº 6015/73:

> Art. 57. A alteração posterior de sobrenomes poderá ser requerida pessoalmente perante o oficial de registro civil, com a apresentação de certidões e de documentos necessários, e será averbada nos assentos de nascimento e casamento, independentemente de autorização judicial, a fim de: (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

> I - inclusão de sobrenomes familiares; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
> II - inclusão ou exclusão de sobrenome do cônjuge, na constância do casamento; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
> III - exclusão de sobrenome do ex-cônjuge, após a dissolução da sociedade conjugal, por qualquer de suas causas; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
> IV - inclusão e exclusão de sobrenomes em razão de alteração das relações de filiação, inclusive para os descendentes, cônjuge ou companheiro da pessoa que teve seu estado alterado. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
> § 1º Poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

Especificamente, sobre a inclusão e a exclusão do sobrenome do companheiro, os parágrafos 2º e 3º-A do art. 57 da Lei 6.015/73, assim dispõem:

> § 2º Os conviventes em união estável devidamente registrada no registro civil de pessoas naturais poderão requerer a inclusão de sobrenome de seu companheiro, a qualquer tempo, bem como alterar seus sobrenomes nas mesmas hipóteses previstas para as pessoas casadas. (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)
> § 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)
> § 3º-A O retorno ao nome de solteiro ou de solteira do companheiro ou da companheira será realizado por meio da averbação da extinção de união estável em seu registro. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

Portanto, a partir da nova redação do art. 57 da Lei nº 6.015/73, dada pela Lei nº 14.382/22, tanto os cônjuges quanto os companheiros podem modificar o sobrenome perante o Oficial do Registro Civil, independentemente de autorização judicial.

## 9.3.1.3. Estado civil

Segundo lição de Francisco Amaral, estado civil é a qualificação jurídica da pessoa conforme sua situação social.[721] Trata-se, dessa maneira, de um identificador pessoal do qual o Direito se vale para definir, em geral, os direitos e deveres daquele sujeito específico, ou seja, sua seara de legitimidade para realização de atos jurídicos.[722]

Na amplitude característica do estado civil, encontra-se o estado familiar que, como a própria terminologia adianta, compreende a posição da pessoa relativamente à constituição de uma família. Em termos legais, sediada na tradição, há cinco estados possíveis: casado(a); solteiro(a); viúvo(a); separado(a); e divorciado(a). É casado(a) aquele(a) que se casou; solteiro(a), aquele(a) que nunca se casou; viúvo(a), o(a) que se casou, mas teve seu casamento findado – sociedade conjugal e vínculo matrimonial – pela morte do cônjuge; separado(a), o(a) que se

721 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 238.
722 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 239.

casou, mas teve a sociedade conjugal desfeita *inter vivos*; e, divorciado(a), por fim, o(a) que se casou, mas teve tanto a sociedade conjugal como o vínculo matrimonial extintos *inter vivos*.

É perceptível que todos os tipos de estado familiar se relacionam com o casamento; o que muito bem se adequava ao entendimento da sinonímia reduzida entre família e matrimônio. Ampliada a significação daquela, porém, quiçá se deva ampliar, por conseguinte, os estados familiares possíveis.[723] "Assim, imperioso reconhecer que, a partir do momento em que uma estrutura familiar gera consequências jurídicas, se está diante de um novo estado civil."[724] Nesse sentido, há o projeto de Lei nº 1.779/03, ainda pendente de conclusão no Congresso Nacional, para acrescentar ao artigo 1.723 do Código Civil a seguinte determinação: "§ 3º. Os companheiros adotarão o estado civil de conviventes."

Embora a proposta se apresente plausível em face da compreensão jurídica de família hoje, ela traz consigo alguns importantes e, até então, insuperáveis problemas. Como dito de início, a principal função do estado civil é a identificação subjetiva, o que se dá, necessariamente, na sociedade; é dizer, perante terceiros. Em outras palavras, o estado familiar é uma garantia de que os outros conheçam a legitimidade da pessoa para realização de atos na esfera jurídica para que se preservem em relação a isso e para que a própria pessoa seja preservada. Trata-se de uma limitação da esfera de ação jurídica dos sujeitos que, como conhecida por todos, serve a permitir que as relações se deem atentas a tanto. "O estado civil é, assim, uma situação subjetiva absoluta (válida *erga omnes*)",[725] razão pela qual há de ser seguramente tornado público a fim de que seja incontestável e, nessa medida, oponível, preservando-se a segurança jurídica. É aqui que reside o impasse da proposta de criação do estado de convivente.

A publicidade e a eficácia "erga omnes" do estado civil se dão pelo registro público, em geral. A Lei nº 6.015/73 é que disciplina a matéria, listando, taxativamente, os atos que se podem registrar ou averbar, dentre os quais, porém, não está incluído o estado de convivente.

723 Essa discussão ganha contornos ainda mais sobressalentes, se considerarmos o estado civil, ínsito ao qual está a qualificação familiar, inserido nos direitos de personalidade. (AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 239).

724 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 587.

725 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 238.

Seja perante o Cartório de Registro de Pessoas Naturais,[726] seja perante o Cartório de Registro de Imóveis, a referida legislação não prevê a anotação desse aspecto para respectiva divulgação oficial.[727] Em consequência, parece temerário imaginar a existência de um novo estado civil ao qual falte, diante da impossibilidade de registro ou averbação, publicidade jurídica. Afinal, tal carência é decisivamente comprometedora da própria função desse qualificativo pessoal; não há real delimitação da seara de competência do sujeito de direito se ela não for oponível a terceiros porque eles a desconhecem.

A somar, mesmo que a questão da publicidade pudesse ser solucionada, não se pode esquecer de outra dificuldade: a união estável, por si só, é uma situação instalada sem qualquer intervenção jurídica. O Direito é incapaz de acompanhar sua criação. Assim, resume-se à mera declaração da união estável e intervém apenas depois de já decorrido tempo de sua constituição. Daí outra dúvida surge quanto ao estabelecimento do estado civil de convivente: poderia ser ele retroativo à data de surgimento da união estável que sempre equivale a um momento pretérito ao seu reconhecimento jurídico? Mas como permitir isso se a publicidade e a eficácia "erga omnes", caso possível fossem – o que se admite apenas por hipótese para formulação do raciocínio –, ocorrem exclusivamente por meio do registro ou da averbação cartorial necessariamente futura? Como atender à segurança jurídica – propósito principal – nesse contexto?

Em suma, portanto, até o presente momento não há, no ordenamento jurídico brasileiro, o estado civil de convivente.[728] Contudo, a partir da Lei nº 14.382, de 22 de junho de 2022, que alterou alguns importantes dispositivos da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), a possibilidade de se atribuir eficácia "erga

---

726 "Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:
I – os nascimentos;
II – os casamentos;
III – os óbitos;
IV – as emancipações;
V – as interdições;
VI – as sentenças declaratórias de ausência;
VII – as opções de nacionalidade;
VIII – as sentenças que deferirem a legitimação adotiva."
"Art. 33. Haverá, em cada cartório, os seguintes livros, todos com 300 (trezentas) folhas cada um:
I – "A" – de registro de nascimento;
II – "B" – de registro de casamento;
III - "B Auxiliar" - de registro de casamento Religioso para Efeitos Civis;
IV - "C" - de registro de óbitos;
V - "C Auxiliar" - de registro de natimortos;
VI - "D" - de registro de proclama.
Parágrafo único. No cartório do 1º Ofício ou da 1ª subdivisão judiciária, em cada comarca, haverá outro livro para inscrição dos demais atos relativos ao estado civil, designado sob a letra "E", com cento e cinqüenta folhas, podendo o juiz competente, nas comarcas de grande movimento, autorizar o seu desdobramento, pela natureza dos atos que nele devam ser registrados, em livros especiais."

727 Vide artigo 167 da Lei nº 6.015/73.

728 Defendendo o mesmo posicionamento encontra-se: AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil*: Introdução e Teoria Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 184-185.

omnes" à união estável precisa ser atualizada. O novo artigo 94-A da Lei nº 6.015/73 autoriza que seja registrada nos assentos de nascimento do casal a existência de união estável entre eles, por meio da apresentação e arquivo da sentença, do termo ou da escritura pública declaratórios[729]. A medida permitida assegura, então, importante publicidade e eficácia "erga omnes" do vínculo de companheirismo havido e, nesse ponto, muito aproxima a situação à do matrimônio. Dessa maneira, uma vez registrada a união estável no registro civil, conforme autoriza o art. 94-A da Lei n° 6.015/73, embora não se tenha instituído um novo estado civil para os companheiros, é possível defender a publicidade e a eficácia "erga omnes" da união estável em si. Ou seja, uma vez registrada a união estável no Livro E do registro civil de pessoas naturais em que os companheiros têm ou tiveram sua última residência, não é dado mais a qualquer pessoa alegar o desconhecimento da referida entidade familiar. Isso ocorre porque após o registro da união estável no Livro E, o oficial do registro civil, nos termos do art. 106 da Lei nº 6.015/73, deverá, no prazo de cinco dias, anotá-lo nos atos anteriores, com remissões recíprocas, se lançados em seu cartório, ou fará comunicação, com resumo do assento, ao oficial em cujo cartório estiverem os registros primitivos (nascimento e casamento). Dessa forma, qualquer pessoa que solicitar a certidão de nascimento ou de casamento de um ou de ambos

---

729 Lei nº 6.015/73 - Art. 94-A. Os registros das sentenças declaratórias de reconhecimento e dissolução, bem como dos termos declaratórios formalizados perante o oficial de registro civil e das escrituras públicas declaratórias e dos distratos que envolvam união estável, serão feitos no Livro E do registro civil de pessoas naturais em que os companheiros têm ou tiveram sua última residência, e dele deverão constar: (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
I - data do registro; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
II - nome, estado civil, data de nascimento, profissão, CPF e residência dos companheiros; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
III - nome dos pais dos companheiros; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
IV - data e cartório em que foram registrados os nascimentos das partes, seus casamentos e uniões estáveis anteriores, bem como os óbitos de seus outros cônjuges ou companheiros, quando houver; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
V - data da sentença, trânsito em julgado da sentença e vara e nome do juiz que a proferiu, quando for o caso; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
VI - data da escritura pública, mencionados o livro, a página e o tabelionato onde foi lavrado o ato; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
VII - regime de bens dos companheiros; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
VIII - nome que os companheiros passam a ter em virtude da união estável. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
§ 1º Não poderá ser promovido o registro, no Livro E, de união estável de pessoas casadas, ainda que separadas de fato, exceto se separadas judicialmente ou extrajudicialmente, ou se a declaração da união estável decorrer de sentença judicial transitada em julgado. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
§ 2º As sentenças estrangeiras de reconhecimento de união estável, os termos extrajudiciais, os instrumentos particulares ou escrituras públicas declaratórias de união estável, bem como os respectivos distratos, lavrados no exterior, nos quais ao menos um dos companheiros seja brasileiro, poderão ser levados a registro no Livro E do registro civil de pessoas naturais em que qualquer dos companheiros tem ou tenha tido sua última residência no território nacional. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
§ 3º Para fins de registro, as sentenças estrangeiras de reconhecimento de união estável, os termos extrajudiciais, os instrumentos particulares ou escrituras públicas declaratórias de união estável, bem como os respectivos distratos, lavrados no exterior, deverão ser devidamente legalizados ou apostilados e acompanhados de tradução juramentada. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022).

os companheiros, encontrará no respectivo documento a anotação da união estável constituída, bem como o regime de bens que vigora naquela entidade familiar.

### 9.3.1.4. Qualificação como herdeiro legítimo e necessário (?)

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declararam incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil durante o julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG[730], no dia 10 de maio de 2017. A partir dessa decisão, passa-se a aplicar o artigo 1.829 do Código Civil quando do deferimento da sucessão legítima, reconhecendo à(o) companheira(o) sobrevivente direito sucessório idêntico ao do cônjuge sobrevivente.

Embora seja uma questão específica do direito sucessório, e que merecerá análise aprofundada no volume destinado ao Direito das Sucessões, é necessário realçar que a referida decisão não contemplou de forma específica todos os efeitos sucessórios relacionados à união estável. O que se equiparou foi a forma de disposição da sucessão legítima, já que eram divergentes as prescrições do artigo 1.790[731] e do artigo 1.829[732] do Código Civil. Declarada a inconstitucionalidade

---

730 Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos: "É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002". Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, que votaram em assentada anterior, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017.
(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 878.964.* Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004. Acesso em 01 fev. 2021).

731 Código Civil: Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: *(Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)*
I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

732 Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: *(Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)*
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais.

daquele dispositivo, este último, o artigo 1.829, passa a ser o parâmetro para regular a sucessão legítima de pessoas que foram casadas e de pessoas que viveram união estável. Assim, no artigo 1.829 do Código Civil, no qual se leem a palavra "cônjuge" e a expressão "cônjuge sobrevivente", devem ser lidas, também, a palavra "companheiro(a)" e a expressão "companheiro(a) sobrevivente", eis que o tratamento sucessório, em todas essas situações será o mesmo, variando apenas de acordo com o regime de bens eleito quando houver concorrência entre o sobrevivente (cônjuge ou companheiro) e os descendentes do falecido (art. 1.829, inciso I).

A questão que se instalou e ainda divide opiniões é se a referida equiparação promoveu o(a) companheiro(a) sobrevivente à condição de herdeiro necessário, cujo efeito, caso a resposta fosse positiva, seria o direito de participação da legítima e, assim, deixariam os conviventes de serem considerados herdeiros facultativos, tais quais os colaterais, e ingressariam no rol dos herdeiros necessários, do qual já fazem parte o cônjuge sobrevivente, os descendentes e os ascendentes do falecido.

Entre os que defendem qualificar o(a) companheiro(a) sobrevivente como herdeiro necessário, podem ser citados os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald e Maria Berenice Dias[733].

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> Malgrado a redação do artigo 1.845 do Estatuto Civil sinalize em sentido distinto, o companheiro há de ser tratado como herdeiro necessário, ao lado do cônjuge, dos descendentes e dos ascendentes. (...) O motivo é simples: se o cônjuge é tratado como herdeiro necessário, o companheiro também deve sê-lo, na medida em que não se justificaria atribuir *status* diferenciado a cada um deles, na medida em que não há uma ordem de preferência na proteção das entidades familiares, todas elas merecendo *especial proteção do Estado*. Conquanto o texto literal do art. 1.845 do *Codex* se apresente preconceituoso e estigmatizante, a sua leitura à luz do Texto Constitucional, promovendo uma interpretação conforme a *Carta Magna*, conduz à conclusão de que o companheiro deve ser tratado como herdeiro necessário, garantindo-se-lhe a metade do patrimônio líquido disponível no momento do falecimento (a legítima – CC, art. 1.846).[734]

Por outro lado, Conrado Paulino da Rosa e Rodrigo da Cunha Pereira[735], partindo do pressuposto de que os institutos do casamento e da união estável seriam diferentes, entendem que não há que se falar em qualificação do(a) companheiro sobrevivente como herdeiro necessário.

São pertinentes as considerações de Rodrigo da Cunha Pereira:

---

733 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 520; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 599.

734 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 520, grifos dos autores).

735 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 226, *E-book.;* ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 168.

> Com o entendimento do STF em 10/05/2017, por meio do RE 878694/ 646.721 de que o artigo 1.790 é inconstitucional, ou seja, de que a herança do companheiro deve ser igual à do cônjuge, ele acabou com uma das últimas barreiras de diferenciação, e assim encaminha a união estável para um casamento forçado. Ora, se em tudo a união estável se equipara ao casamento, ela deixa de existir como uma outra forma de constituição de família. Respeitar as diferenças entre um instituto e outro é o que há de mais saudável para um sistema jurídico. Um dos pilares de sustentação do Direito Civil é a liberdade, e no Direito de Família, a liberdade de escolher entre uma e outra forma, e para isto é necessário, e saudável, que haja diferenças. E assim, uma das formas de preservar a existência da união estável, e diminuir o paradoxo de sua regulamentação e aproximação do casamento, é considerar que apesar da igualdade na sucessão hereditária legítima, pode haver diferenciação na sucessão testamentária. Em outras palavras, o cônjuge é herdeiro necessário (art. 1.845 do CCB/2002) e o companheiro não o é. Como bem nos lembra Mário Delgado, o artigo 1.845 do CCB/2002 (que estabelece quem são herdeiros necessários, descendentes, ascendentes e cônjuge) é norma restritiva de direito, pois instituiu ao livre exercício da autonomia privada, e não se pode dar interpretação ampliativa à norma restritiva. Assim, não se pode dar interpretação ampliativa ao julgado do STF (RE 898694/ RE 646721, j. 10/05/2017) que declarou inconstitucional o artigo 1.790 do CCB/2002.[736]

A reforçar a ideia de que se trata de institutos diferentes, sendo, portanto, plausível a distinção quanto aos efeitos, foi aprovado o Enunciado nº 641 na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, art. 1.790:

> A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.

Na justificativa do referido enunciado, argumentou-se que seria necessário verificar a razão (*ratio*) da norma, pois, caso a norma tivesse por fundamento a necessidade de publicidade, a distinção entre casamento e união estável seria necessária, eis que a publicidade é essencial à realização do casamento. Se, porém, a norma tem por fundamento o convívio familiar, não cabe a distinção entre casamento e união estável para que não se permita a hierarquização entre os institutos. Confira a justificativa na íntegra:

> Justificativa: Parte das críticas à declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do CC, que impunha regimes sucessórios diferenciados entre casamento e união estável, é que tal decisão acabaria por representar equiparação indevida entre os dois regimes. Essa equiparação, todavia, não pode ser extraída da declaração de inconstitucionalidade do art. 1790. É e continuará sendo relevante a distinção dos

736 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 226, *E-book*.

> regimes, a qual, contudo, deverá se basear na *ratio* da norma que venha a ser ou não aplicada a cada um deles. Explica-se: enquanto a união estável se assenta na informalidade, o casamento é caracterizado pela necessidade da chancela estatal e se reveste de publicidade. Dessa forma, deve-se identificar nas normas existentes se sua *ratio* encontra- se na solenidade do ato, ou, ao contrário, tem sua razão de ser baseada no convívio familiar, decorrente da solidariedade (TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares. in Temas de Direito Civil. 3. ed. Renovar, p. 385). Assim, haverá sempre distinção quando a *ratio* da norma em exame tiver por fundamento a necessidade de publicidade que só encontra lugar no casamento. Ao contrário, quando a determinada norma tiver por fundamento o convívio familiar, não poderá haver distinção entre casamento e união estável, haja vista a impossibilidade de se estabelecer critérios hierárquicos entre modelos familiares (art. 226, CR). A título exemplificativo, justifica-se a exigência de outorga uxória apenas no casamento; ao contrário, o regime sucessório não admite distinção entre união estável e casamento, já que seu fundamento é a solidariedade familiar.[737]

Considerando a interpretação adotada no referido enunciado, e sua respectiva fundamentação, parece certo concluir que, apesar dos raciocínios já apresentados, a prescrição constante do artigo 1.845 do Código Civil deva ser interpretada de modo a incluir os companheiros como herdeiros necessários, retirando-os da categoria de herdeiros facultativos. Isto porque o rol de herdeiros necessários está muito mais relacionado à ideia de um convívio familiar mais estreito do que ligado à questão de publicidade. Não parece que o legislador tenha definido o elenco de herdeiros necessários apenas por uma questão de publicidade, mas, sobretudo, por considerar a existência de uma presumida proximidade entre o falecido e seus descendentes, ascendentes e com a pessoa com quem manteve relação de conjugalidade (ou de companheirismo).[738]

### 9.3.2. Efeitos de ordem patrimonial na união estável

Ainda que este não seja o objetivo precípuo de qualquer uma delas, toda entidade familiar é fonte geradora de consequências patrimoniais. Para entender essa lógica, basta relembrar que a família serve a promover o livre e pleno desenvolvimento pessoal dos seus membros, para o que se torna indispensável, inicialmente, o oferecimento de certa infraestrutura subsistencial. É próprio da

---

737 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Revista das jornadas do CJF*: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios / Superior Tribunal de Justiça, [Gabinete do Ministro Diretor da Revista], Conselho da Justiça Federal. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevJorCJF/author/proofGalleyFile/3769/3889. Acesso em: 01 fev. 2021.

738 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da (in)constitucionalidade do tratamento desigual entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios. In: Walsir Edson Rodrigues Júnior. (Org.). *Temas atuais de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: RTM, 2014, v. 1, p. 395-422.

existência familiar que as pessoas que a compõem satisfaçam encargos financeiros e, também, adquiram benefícios econômicos.

São variados os efeitos familiares patrimoniais, podendo ser amplamente separados entre *inter vivos* e *causa mortis*. Desses últimos não se tratará detalhadamente nesta obra, deixando para fazê-lo no trabalho atinente ao Direito das Sucessões. Acerca dos primeiros, por sua vez, podem-se elencar: alimentos, bem de família e regime de bens. Os alimentos e o bem de família serão estudados nos Capítulos 12 e 16, respectivamente. Neste momento, reservar-se-á à análise do regime de bens.

### 9.3.2.1. Regime de bens

Como já explicado anteriormente no Capítulo 7, regime de bens é o conjunto de normas que disciplina as relações patrimoniais entre os companheiros, derivadas da existência familiar, e seus reflexos perante terceiros.

O enunciado 380 da Súmula do STF foi a primeira orientação jurídica sobre essa matéria aplicada à relação de companheirismo. Já em 1964 instituiu-se a regra de que o patrimônio obtido a título oneroso, pelos companheiros, durante a união estável, desde que fruto do esforço comum, era de propriedade de ambos, gerando direito de meação. Nesse contexto, porém, era necessária a devida *comprovação* dessa colaboração, a qual, no princípio, defendia-se dever ter natureza financeira propriamente dita. Contudo, posteriormente, admitiu-se que fosse indireta – não financeira –, como a realização de atividades domésticas, por exemplo.

Com o advento da Lei nº 9.278/96 criou-se, a favor dos companheiros, uma *presunção legal* de contribuição.[739] Os bens onerosamente adquiridos por qualquer deles, na constância da união estável, presumiam-se resultado do esforço de ambos. Ocorre que essa presunção era meramente relativa, *admitindo prova em contrário* a prejudicar o direito de meação.

Seguindo essa trajetória pretensamente evolutiva, o Código Civil atual mantém a regra da comunicação das obtenções patrimoniais onerosas, advindas na duração do companheirismo, e, enfim, impõe à presunção de mútua colaboração natureza absoluta.

Isso é o que se deduz da redação do artigo 1.725, quando determina a aplicação subsidiária do regime da comunhão parcial de bens à união estável. A essência de tal regime de bens é, exatamente, fazer comunicar todos os acréscimos não gratuitos, dispensada qualquer verificação de auxílio. Assim ficou estabelecido no Enunciado 115 da I Jornada de Direito Civil do CJF: "há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão de bens."

---

739 Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Para além disso, esse mesmo dispositivo 1.725 assenta, em termos legais, o que a jurisprudência já vinha aplicando. Tal qual os cônjuges, os companheiros têm o direito de escolher o conjunto de normas a reger os efeitos patrimoniais de sua relação familiar; o regime de bens da união estável é de livre eleição. Pode o casal, nesse sentido, optar por qualquer dos quatro regimes de bens tipificados ou, ainda, criar um regime próprio, nos limites legais – como explicado no Capítulo 7. Nesse ponto, *mutatis mutandis*,[740] em geral, o que se afirmou sobre os regimes de bens no casamento pode ser transposto para a união estável, desde que feitas três importantes ressalvas.

Entende-se que não se aplica à relação de companheirismo a imposição da separação de bens, nos casos do artigo 1.641 do Código Civil.[741] Sendo esta uma norma restritiva do direito à liberdade de eleição do regime de bens, há de ser restritivamente interpretada.[742] Contudo, contrariando essa regra de hermenêutica

---

740 Mudando o que deve ser mudado.

741 Nesse sentido: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. VARÃO COM MAIS DE 60 ANOS DE IDADE. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PRETENSÃO RESISTIDA. CONDENAÇÃO PELA SUCUMBÊNCIA. Comprovada a existência de união estável, devem ser partilhados os bens adquiridos a título oneroso pelo casal de ex-conviventes no período, independentemente do esforço comum, que é presumido (art. 1.725 do CC/02). A imposição do regime da separação obrigatória de bens, prevista no Código Civil de 1916 e mantida no CCB/02, no art. 1.641, inc. II, que dispõe sobre a obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento de pessoa maior de 60 anos, não se aplica, nem por analogia, à união estável, devendo ser considerada no caso, a presunção do esforço comum, por incidência da Súmula nº 377 do STF. Os regramentos do atual CCB/02 sobre união estável, bem como das leis anteriores que regiam a matéria - Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96 -, jamais impuseram qualquer restrição de idade para efeito de regular o regime de bens dos conviventes. Havendo pretensão resistida, impõe-se a condenação da parte requerida ao pagamento dos ônus de sucumbência. REJEITARAM A PRELIMINAR E DESPROVERAM A APELAÇÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70031096308, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 12/05/2010).

Em sentido contrário, porém:

AGRAVO INTERNO. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. SUCESSÕES. CÔNJUGE OU COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. PARTILHA. PROVA DO ESFORÇO COMUM. 1. Por força do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens - recentemente, a Lei 12.344/2010 alterou a redação do art. 1.641, II, do CC, modificando a idade protetiva de 60 para 70 anos -, regra também aplicável às uniões estáveis. 2. A Segunda Seção desta Corte, seguindo a linha da Súmula 377 do STF, pacificou o entendimento de que apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união, "e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha" (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015). 3. Cabe ao juízo do inventário decidir, nos termos do art. 984 do CPC/73, "todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas", entendidas como de alta indagação aquelas questões que não puderem ser provadas nos autos do inventário. Portanto, havendo o juiz de piso preconizado que a questão do esforço comum demanda produção de provas, sendo de alta indagação, esta deve ser dirimida nas vias ordinárias. 4. Agravo interno não provido. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgInt nos EDcl no REsp 1873590/RS*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/10/2020, DJe 26/10/2020) (grifo nosso).

742 Adotando a mesma posição: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 526.; LÔBO,

e o posicionamento majoritário na doutrina, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela aplicação do regime de separação legal de bens, também na união estável:

> RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa;
>
> II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI - Recurso parcialmente provido.[743]
>
> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. CAUSA SUSPENSIVA DO CASAMENTO PREVISTA NO INCISO III DO ART. 1.523 DO CC/02. APLICAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE. REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO PARA A PARTILHA. PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *2. Na hipótese em que ainda não*

---

Paulo. Direito civil: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*; DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 597.

743 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1090722/SP*, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 30/08/2010.

> *se decidiu sobre a partilha de bens do casamento anterior de convivente, é obrigatória a adoção do regime da separação de bens na união estável, como é feito no matrimônio, com aplicação do disposto no inciso III do art. 1.523 c/c 1.641, I, do CC/02.* 3. Determinando a Constituição Federal (art. 226, § 3º) que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não se pode admitir uma situação em que o legislador, para o matrimônio, entendeu por bem estabelecer uma restrição e não aplicá-la também para a união estável. 4. A Segunda Seção, no julgamento do REsp nº 1.623.858/MG, pacificou o entendimento de que no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento/união estável, desde que comprovado o esforço comum para a sua aquisição. 5. Recurso especial parcialmente provido.[744]
>
> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. INDEFERIMENTO DE PROVA DOCUMENTAL PARA COMPROVAR A CAPACIDADE LABORATIVA E INDEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA COMPANHEIRA. CERCEAMENTO DE DEVESA. OCORRÊNCIA. EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL. APLICAÇÃO DO ART. 1.641, II, DO CC. OPORTUNIDADE PARA COMPROVAR O ESFORÇO COMUM. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não configura ofensa ao art. 535 do CPC/73 o fato de o col. Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte, suficiente para decidir integralmente a controvérsia. 2. Ocorre cerceamento de defesa quando, apesar de concluir pela desnecessidade da prova e afastar a ocorrência de prejuízo, confirma-se condenação que a prova indeferida visava afastar. 3. No que se refere aos efeitos patrimoniais decorrentes da existência da união estável, as instâncias ordinárias afastaram a aplicação da regra da separação obrigatória de bens, ao fundamento de que a disposição legal só se aplica ao casamento. Todavia, esta Corte tem entendimento de que estende-se à união estável a disposição do art. 1.641, II, do Código Civil, segundo o qual ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. 4. Por observar que a companheira não teve oportunidade de comprovar o esforço comum, deverá ser assegurado à autora o direito de comprovar o esforço na aquisição dos bens passíveis de serem compartilhados. 5. Devido ao parcial provimento do recurso, para reabertura da instrução, fica inviabilizado o pronto exame de todas as insurgências recursais, não sendo possível a aplicação do direito à espécie, nos termos da Súmula 456 do STF e do art. 1.034 do CPC/2015, quando se faz necessário o exame de matéria de fato ainda não devidamente esclarecida. 6. Agravo interno não provido.[745]

Consolidando tal entendimento, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 09/11/22, aprovou o Enunciado de Súmula nº 655, que estabelece: "Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum."

---

744 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1616207/RJ*, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/11/2020, DJe 20/11/2020, grifo nosso.

745 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp 1628268/DF*, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado Do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 27/09/2018.

Considerando que um direito patrimonial, essencialmente disponível, é o que de fato está em jogo na escolha do regime de bens, entende-se que é completamente descabida e injustificável a interferência do Estado nesse tipo de relação privada, seja no casamento ou na união estável. Por isso, a imposição do regime de separação legal de bens às duas entidades familiares, suprimindo a autonomia de eleição dos sujeitos, sem justificação adequada, contraria o direito fundamental à liberdade e os ditames do Estado Democrático de Direito. Assim, qualquer interpretação para igualar casamento e união estável quanto aos efeitos patrimoniais deveria ser no sentido de suprimir as regras do regime de separação legal de bens nas duas entidades familiares, e não o contrário, como se verificou nos julgados apresentados acima.

Adotado qualquer regime de bens na união estável, crê-se que não se pode impor aos companheiros a exigibilidade de outorga para disposição de bens que constem em nome de apenas um deles – sejam particulares ou mesmo comuns – ou para prestação de aval ou fiança ou, ainda, para a prática de quaisquer dos atos descritos no art. 1.647 do Código Civil. É assim porque, como a união estável não compreende formalização constitutiva e consequente publicidade jurídica, não é razoável exigir que terceiros conheçam sua existência e a respectiva necessidade de providenciar a autorização do consorte, sob pena de invalidade contratual.[746] Portanto, entende-se que negócio jurídico, de qualquer desses conteúdos, formulado sem outorga é válido, restando ao companheiro prejudicado o direito de exigir do outro o reembolso pelo prejuízo sofrido.[747] [748]

---

746 No mesmo sentido, assim se manifesta Rodrigo Toscano de Brito: "De fato, diferentemente do que ocorre com o casamento – que é um ato formal por excelência, gozando de toda a publicidade -, a união estável, por ser um fato social ao qual a norma dá guarida, reconhecendo-o, de maneira acertada, não goza da mesma formalidade e publicidade que gera a discussão aqui estudada. Ora, se o terceiro que se relaciona juridicamente com o unido estavelmente não sabe, nem tem como saber, em regra, da existência da união estável, como, então, exigir, por exemplo, a outorga do companheiro?" (BRITO, Rodrigo Toscano de. Alienação de bens na união estável e embargos de terceiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 547).

747 Adotando a mesma posição: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 528; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 595. Já em sentido inverso: LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

748 Ainda neste sentido, vale a pena transcrever as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: "Essa desnecessidade de outorga na união estável se justifica por diferentes razões. *Primus*, porque se tratando de regra restritiva à disposição de direitos, submete-se a uma interpretação restritiva, dependendo de expressa previsão legal. *Secundus*, pois a união estável é uma união fática, não produzindo efeitos em relação a terceiros. *Tertius*, e principalmente, em face da premente necessidade de proteção do terceiro adquirente de boa-fé, que veio a adquirir um imóvel sem ter ciência (e não há como se exigir dele) que o alienante havia adquirido o imóvel na constância de uma união estável. Por tudo isso, se um dos companheiros aliena (ou onera) imóvel que pertence ao casal, mas que está registrado somente em seu nome, sem o consentimento de seu parceiro, o terceiro adquirente, de boa-fé (subjetiva), está protegido, não sendo possível anular o negócio jurídico. No caso, o companheiro preterido poderá reclamar a sua meação, através de ação dirigida contra o seu companheiro/alienante, mas nada podendo reclamar do terceiro." (FARIAS, Cristiano Chaves

A título de exemplo, cita-se a união estável entre João e Maria. João, na constância da convivência, adquiriu, a título oneroso, uma valiosa casa, registrando a propriedade exclusivamente em seu nome, não tendo sido feita qualquer referência a Maria no Registro de Imóveis. Perto de completarem 10 anos de convivência, João vendeu a referida casa para Antônio, sem a autorização de Maria. Logo em seguida, João terminou o relacionamento amoroso com Maria. Nesse caso, Maria terá direito à metade do valor obtido por João na venda da casa, entretanto, não poderá pedir a anulação do negócio e reivindicar o imóvel de Antônio. Vale ressaltar que Antônio realizou o negócio de boa-fé, não sabia e nem era obrigado a saber – já que a união estável é um relacionamento informal – que João e Maria viviam em união estável.

Contudo, conforme já exposto, essa forma de pensar sobre a possibilidade de eficácia "erga omnes" da união estável a partir da Lei nº 14.382, de 22 de junho de 2022, que alterou alguns importantes dispositivos da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), precisa ser atualizada. O novo artigo 94-A da Lei nº 6.015/73 autoriza que seja registrada nos assentos de nascimento do casal a existência de união estável entre eles, por meio da apresentação e arquivo da sentença, do termo ou da escritura pública declaratórios. A medida permitida assegura, então, importante publicidade e eficácia "erga omnes" do vínculo de companheirismo havido e, nesse ponto, muito aproxima a situação à do matrimônio. Dessa forma, qualquer pessoa que solicitar a certidão de nascimento ou de casamento de um ou de ambos os companheiros, encontrará no respectivo documento a anotação da união estável constituída, bem como o regime de bens que vigora naquela entidade familiar. Assim, não vigorando o regime de separação total de bens, indispensável será a autorização do companheiro ou da companheira para a prática dos atos descritos no art. 1.647 do CC/02.

A última ressalva, finalmente, diz respeito à forma de eleição do regime de bens na união estável. Da mesma maneira que se dá no casamento, permite-se que os companheiros indiquem o regime de bens presumida ou expressamente. No silêncio deles, a lei entende que escolheram o regime de comunhão parcial de bens. Caso pretendam outro regime, porém, hão de fazê-lo declaradamente.

Nesse caso, o artigo 1.725 é extremamente lacônico ao mencionar o instrumento de declaração da vontade dos companheiros: podem escolher o regime que lhes aprouver por *contrato escrito*. Sem qualquer especificação sobre isso, o Código Civil instala, dessa forma, uma caríssima discussão doutrinária e jurisprudencial de grandes reflexos práticos: quais são as características que tal contrato escrito deve abranger para garantir validade e eficácia à opção dos companheiros? O intitulado contrato de convivência guarda, ainda, uma arriscada imprecisão.

de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 528, grifos dos autores).

### 9.3.2.2. Contrato de convivência

Pode-se definir o contrato de convivência como o acordo escrito por meio do qual os companheiros selecionam o regime de bens que vai disciplinar os efeitos patrimoniais[749] derivados da família por eles constituída.[750]

Da mesma maneira que se dá no casamento, permite-se que os companheiros indiquem o regime de bens presumida ou expressamente. No silêncio deles, a lei entende que escolheram o regime de comunhão parcial de bens. Caso pretendam outro regime, porém, terão de fazê-lo declaradamente.

O artigo 1.725 do Código Civil estabelece que os companheiros podem escolher o regime que lhes aprouver por *contrato escrito*. Como a lei apenas especifica a forma escrita como formalidade que deve satisfazer o contrato de convivência, este pode ser feito por instrumento particular ou por instrumento público, registrado ou não em cartório de Registro de Títulos e Documentos. Sequer há necessidade de testemunha, pois como a lei não exige forma especial para a validade da declaração de vontade expressa por meio do contrato de convivência, vige o princípio da liberdade de forma, disposto no art. 107 do Código Civil.

Contudo, deve-se admitir que é uma opção dos contratantes, com fulcro na autonomia privada, formalizar o contrato escrito por meio da escritura pública, ou ainda, registrá-lo no Registro de Títulos e Documentos.

Nada impede que o contrato de convivência seja registrado no Registro de Títulos e Documentos, pois nenhuma legislação atribui o registro do contrato de convivência a outro ofício. Portanto, considerando a atribuição supletiva do parágrafo único, do art. 127, da Lei de Registro Públicos (Lei nº 6.015/73), pode-se afirmar que o registro do contrato de convivência no Registro de Títulos e

---

749 Reconhece-se, neste ponto, que vários são os autores que defendem a possibilidade de o pacto de convivência também ter por conteúdo outras questões de ordem não patrimonial. (Adotando a mesma posição: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 534; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 601; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.; CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 214 e ss.). Todavia, em função dos limites inerentes à obra, reserva-se o direito de não enfrentar essa questão. De qualquer maneira, porém, solicita-se que tal omissão não seja interpretada como discordância ou concordância com essa amplitude de conteúdo por alguns advogados. O que se afirma aqui é que o contrato de convivência serve à eleição do regime de bens, mas não necessariamente *só* serve para isso. E, por fim, complementando esse raciocínio, destaca-se o Enunciado 635 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.655. O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.

750 Sobre esse aspecto, muito bem lembrado por Rolf Madaleno, é o fato de o contrato de convivência ter, ainda, a utilidade – mesmo que esta não seja sua função – de atestar a relação de companheirismo havida entre os acordantes. Nas suas palavras: "Na união estável, o contrato de convivência pode servir para celebrar e noticiar o próprio relacionamento, pois dá cunho oficial à união informal e, igualmente, regula regime de bens, eleito de livre escolha pelos conviventes (art. 1.725)." (MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.).

Documentos é facultativo para sua conservação (art. 127, VII). Contudo, mesmo diante desse Registro não surtirá efeitos em relação a terceiros, pois o contrato de convivência não está descrito no rol do art. 129 da LRP, que trata justamente da eficácia *erga omnes*.

Assim, apesar da possibilidade de registro do contrato de convivência no Registro de Títulos e Documentos, bem como da utilização da escritura pública como forma para a sua elaboração, não se pode afirmar que esse contrato produz efeitos *erga omnes*. Cabe ressaltar que a produção de efeitos entre os próprios companheiros, publicidade e efeitos *erga omnes* são atributos diferentes que podem ou não estar reunidos no contrato de convivência.[751]

Para os companheiros, entre si considerados, a produção de efeitos do contrato de convivência não enseja maiores questionamentos. Afinal, desde que concordem com o conteúdo da avença, vinculam-se a ela. De fato, vale aqui a regra de que as declarações constantes de documentos assinados se presumem verdadeiras em relação aos signatários (art. 219 do CC/02).

Quanto à publicidade, conforme já exposto, esta não se confunde com a eficácia *erga omnes*. Todo contrato de convivência feito por escritura pública ou registrado no Registro de Títulos e Documentos é público, pois qualquer pessoa que tenha interesse poderá se dirigir ao Cartório de Notas onde o contrato foi elaborado ou ao Cartório de Títulos e Documentos onde foi feito o registro e ter acesso ao seu conteúdo. Reitera-se que a questão que se apresenta é que o contrato de convivência pode ter sido elaborado em qualquer Cartório de Notas do país e, por isso, não é razoável que se exija de qualquer contratante tão ampla pesquisa.

Mesmo considerando que o registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos deve ser feito no cartório de domicílio dos contratantes, conforme o disposto no art. 130 da LRP, a possibilidade e a facilidade de mudança de domicílio colocam em xeque a produção de efeitos *erga omnes*. Além disso, pelo fato de o contrato de convivência não constar no rol do artigo 129 da Lei de Registros Públicos, não se pode impor a todas as pessoas a sua eficácia. Por isso, nem todo contrato de convivência público ou registrado no Registro de Títulos e Documentos, terá o poder de produzir efeitos *erga omnes*. Para a produção de tais efeitos, necessário seria o registro do contrato de convivência, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos companheiros ou, ainda, previsão expressa no art. 129 da LRP.

Verificou-se uma tentativa de regulamentação da eficácia *erga omnes* do contrato de convivência perante terceiros, conforme redação do Projeto de Lei nº 1.888-F/91[752]. Contudo, os artigos 3º, 4º e 6º do referido Projeto de Lei, que tinham

751 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável. *Revista do Direito Imobiliário*, v. 70, p. 417-448, 2011.

752 Artigos 3º, 4º e 6º do Projeto de Lei nº 1.888/91:
Art. 3° Os conviventes poderão, por meio de contrato escrito, regular seus direitos e deveres, observados os preceitos desta Lei, as normas de ordem pública atinentes ao casamento, os bons costumes e os princípios gerias do direito.
Art. 4° Para ter eficácia contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser registrado no Cartório de Registro Civil de residência de qualquer dos contratantes,

por objeto a regulação do contrato de convivência e sua eficácia contra terceiros, por meio da Mensagem nº 420, de 10/05/96, foram vetados pelo Presidente da República por considerá-los contrários ao interesse público. Eis as razões de veto:

> Em primeiro lugar, o texto é vago em vários dos seus artigos e não corrige as eventuais falhas da Lei nº 8.971. Por outro lado, a amplitude que se dá ao contrato de criação da união estável importa em admitir um verdadeiro casamento de segundo grau, quando não era esta a intenção do legislador, que pretendia garantir determinados efeitos a posteriori a determinadas situações nas quais tinha havido formação de uma entidade familiar. Acresce que o regime contratual e as presunções constantes no projeto não mantiveram algumas das condicionantes que constavam no projeto inicial.[753]

Realmente, parece um contrassenso regulamentar as uniões estáveis, ou seja, estabelecer direitos e deveres entre os companheiros, já que é da essência desses relacionamentos informais não querer a intervenção do Estado. Conforme alerta Rodrigo da Cunha Pereira,

> A questão da regulamentação ou não das uniões estáveis não é simples. Pode-se dizer que é mesmo paradoxal: por um lado significa a interferência excessiva no campo do privado, com risco até mesmo de acabar com ele. Por outro lado, a falta de normas pode ocasionar injustiças, uma vez que da comunhão de vida entre duas pessoas nascem efeitos e consequências que merecem, de um forma ou de outra, proteção jurídica.[754]

Contrário às razões do veto e com fulcro na autonomia privada, assim se posicionou Francisco Pizzolante:

> Não fere o casamento a simples possibilidade de estabelecimento de contrato de união estável, assim como o fato de tal convivência poder dar-se por meio de formalização em instrumento contratual não tem o condão de torná-la casamento de segunda classe, muito menos evento atentatório ao direito; nada mais representa senão a reverberação da liberdade contratual de que dispõe o cidadão na esfera de

---

efetuando-se, se for o caso, comunicação do Cartório de Registro de Imóveis, para averbação.
Art. 6° A união estável dissolver-se-á por vontade das partes, morte de um dos conviventes, rescisão ou denúncia do contrato por um dos conviventes.
§ 1º Pela vontade das partes, os conviventes põem termo à união estável, amigavelmente e por escrito, valendo entre os mesmos o que for estipulado no acordo, desde que não contrarie o estatuído nesta Lei.
§ 2º Havendo contrato escrito e averbado em cartório, qualquer dos conviventes deverá requerer a averbação do acordo de dissolução da união estável.
§ 3º Ocorre a rescisão quando houver ruptura da união estável por quebra dos deveres constantes desta Lei e do contrato escrito, se existente.
§ 4º A separação de fato dos conviventes implica denúncia do contrato, escrito ou verbal.

753 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9278-1996.pdf Acesso em: 03/12/10.

754 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 188, *E-book*. E, também, em: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 45.

> suas relações públicas e privadas, tendo como natureza a constituição de entidade familiar, até porque o casamento, consoante nosso atual sistema de Direito, não é a única forma de constituição familiar [...].[755]

Apesar das críticas, a Lei nº 9.278/96 entrou em vigor sem regulamentar os efeitos do contrato de convivência em relação a terceiros. A mesma omissão é verificada no Código Civil de 2002.

O problema da falta de regulamentação quanto à solenidade do contrato de convivência atina tão somente aos reflexos do estipulado perante terceiros, pois nas relações internas, entre os companheiros, conforme já exposto, o contrato irá produzir todos os efeitos tão logo esteja caracterizada a união estável.

A questão que se propõe, então, é a seguinte: seria possível opor a outrem um contrato particular ou público do qual não é parte integrante e do qual, em termos jurídicos, não teve prévia ciência? Defende-se que não. Nesse sentido, também se manifesta Nicolau Eládio Bassalo Crispino:

> [...] se o terceiro, no momento da realização do negócio, não sabia da existência da convivência entre os companheiros, nem sequer do contrato escrito, devidamente registrado no cartório de títulos e documentos, ainda mais sem a averbação no Registro de Imóveis, não há como impor a ele a perda do bem imóvel que negociara com determinada pessoa, pela ausência de seu companheiro, se o alienante nada falou acerca da união.[756]

Diante do exposto, entende-se que, para o contrato de convivência produzir efeitos *erga omnes*, assim como ocorre em relação ao pacto antenupcial, necessário seria o seu registro no Livro nº 3 do cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos companheiros, e a sua averbação no lugar da situação dos imóveis de propriedade de cada um dos companheiros, bem como dos imóveis de propriedade do casal, presentes e futuros, com a declaração das respectivas cláusulas. Só assim seria possível que terceiros tivessem ciência efetiva a respeito das regras patrimoniais estabelecidas no contrato de convivência. Com isso, qualquer pessoa que tivesse interesse em adquirir determinado bem do casal ou de um dos companheiros, registrado no Livro nº 3[757] do cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos companheiros, e averbado na matrícula do imóvel, perante o Cartório de Registro de Imóveis competente, estariam todas as informações referentes ao regime de bens adotado pelo casal. É nesse ponto que se encontraria a verdadeira segurança jurídica, indispensável aos negócios jurídicos travados pelos companheiros com terceiros.

---

755 PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro.* São Paulo: Atlas, 1999. p. 94.

756 CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. Os negócios jurídicos na união estável e terceiros de boa-fé. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e solidariedade:* teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 370.

757 O Livro nº 3 – Registro Auxiliar – é destinado ao registro de atos que, sendo atribuídos ao Registro de Imóveis por disposição legal, não digam respeito diretamente a imóvel matriculado (art. 177 da Lei nº 6.015/73).

O problema que se apresenta, contudo, diz respeito à possibilidade do registro do contrato de convivência diante da *omissão* da Lei nº 6.015/73 e das leis posteriores que regulamentaram a união estável.

Podem os companheiros requerer validamente ao registrador que faça constar da matrícula do imóvel a existência da união estável, bem como do respectivo regime de bens escolhido por meio de contrato de convivência?

Doutrina majoritária defende que os direitos registráveis devem ser *taxativamente* fixados pela lei, por isso, inviável seria o registro no Livro nº 3 do cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos companheiros do contrato de convivência.

De acordo com Afrânio de Carvalho[758], a relação dos atos contidos no artigo 167 da Lei nº 6.015/73 constitui *numerus clausus*, ou seja, os atos a serem praticados pelos registradores imobiliários são aqueles elencados *exaustivamente* pelo artigo 167 da Lei nº 6.015/73, além de outros definidos em legislação específica. Tal entendimento é reforçado pelo parágrafo único do artigo 127 da Lei nº 6.015/73.

Na mesma direção, Walter Ceneviva defende que o enunciado do art. 167, I, da Lei nº 6.015/73 não esgota as hipóteses possíveis de registro e, dessa forma, "nada obsta a que registros outros, além dos alinhados, possam ser feitos quando previstos em outras leis."[759]

Portanto, predomina o entendimento segundo o qual o registro deve ser feito apenas se e quando previsto em lei, mas não exclusivamente na Lei nº 6.015/73.[760] Tem-se como exemplo o disposto no artigo 1.275, parágrafo único, do Código Civil.

Tal entendimento deriva do fato de os notários e os registradores serem delegatários de função pública ou atividade pública, embora exercida estritamente em caráter privado. São remunerados por meio de emolumentos fixados por lei. Por isso, ficam submetidos à permanente fiscalização do Estado. Outrossim, a relação existente entre o serventuário e o particular não é de clientela, mas informada pelo caráter de autoridade, revestida pelo Estado de fé pública. Por isso, o oficial do Registro de Imóveis, delegatário de função pública, fica impedido de interpretar ou usar de analogia para excepcionar a regra em questão, pois na administração pública só é permito fazer o que a lei autoriza.

Em suma, para o notário e o registrador, vige o princípio da estrita legalidade. Significa, então, que "não só deve fazer ou deixar de fazer apenas o que a lei obriga, mas também que só pode fazer o que a lei permite."[761] E, efetivamente, não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhum permissivo legal que autorize o registro do contrato de convivência no Livro nº 3 – Registro Auxiliar. Cabe reforçar que o Livro nº 3 – Registro Auxiliar - é destinado ao registro dos atos que, sendo atribuídos ao Registro de Imóveis por disposição legal, não digam respeito diretamente a imóvel

---

758 CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 84.

759 CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 366.

760 Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registros de Imóveis*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 68.

761 FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão, Dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.140.

matriculado. Evidencia-se, portanto, a impossibilidade, diante do ordenamento jurídico vigente, do registro do contrato de convivência pelo oficial do Registro Imobiliário.

Contudo, mesmo diante desse entendimento, que inviabiliza o registro, defende-se a possibilidade de averbação do contrato de convivência,[762] porque, por força de lei, as averbações são *numerus apertus*. Não se limitam às hipóteses descritas no art. 167, II, da Lei nº 6.015/73. O próprio art. 246 da Lei nº 6.015/73 autoriza outros lançamentos na condição de averbação, pois estabelece que, além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, serão averbadas na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro.

Conforme esclarece Francisco José Rezende dos Santos, "podem ser 'averbados' todos os atos que alterem elementos não essenciais das matrículas, registros ou mesmo averbações, no sentido de dar publicidade a atos jurídicos e administrativos."[763] E, de acordo com Serpa Lopes, "A averbação serve, em princípio, para tornar conhecida uma situação jurídica de fato, seja em relação à coisa, seja em relação ao titular do direito real."[764]

A averbação é de suma importância para ressalvar direitos e tem como objetivo informar a terceiros da existência de determinado fato superveniente, que, não sendo constitutivo de domínio ou de ônus reais, venha a atingir o direito real ou às pessoas nele interessadas. Trata-se, portanto, de um elemento acessório ao registro ou à matrícula do imóvel. Por isso, soa razoável crer na possibilidade de averbação do contrato de convivência na matrícula dos imóveis pertencentes a um dos companheiros ou a ambos, a fim de garantir-lhe oponibilidade *erga omnes* em todas as tratativas relativas a tais bens.

Diante do exposto, evidencia-se a possibilidade de se proceder a averbação no Fólio Real, noticiando a situação jurídica de companheirismo do proprietário do imóvel. Essa averbação, fundada no princípio da concentração, previsto no artigo 167, II, item 5 e no artigo 246, §1º, da Lei nº 6.015/73, servirá de corolário para a segurança jurídica de terceiros adquirentes que contratam com pessoas aparentemente solteiras, mas que mantém uma relação de união estável capaz de interferir na titularidade dos bens.

A averbação, assim como o registro, produzirá efeitos *erga omnes* pela publicidade incontestável que gerará e pelo fato de qualquer pessoa poder obter certidões ou informações a respeito do bem registrado, bem como de todas as mutações pelas quais passou o imóvel matriculado quanto à titularidade.

---

762 No mesmo sentido: LIMA, Frederico Henrique de. E por que não casar? (Um aspecto registral do estatuto dos concubinos). *In*: JACOMINO, Sérgio. *Registro de Imóveis*: Estudos de Direito Registral Imobiliário – XXIII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 128.

763 SANTOS, Francisco José Rezende dos. *Direito registral imobiliário*: a transmissão de imóveis nas fusões, cisões e incorporações de sociedade anônimas. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 70.

764 LOPES, M. M. de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 196.

Evidentemente que a eficácia da averbação fica restrita ao imóvel objeto da matrícula, ou seja, qualquer pessoa que porventura tenha algum interesse relativo ao bem ficará sabendo que o proprietário ou os proprietários vivem em união estável. Contudo, a averbação não servirá para a produção de efeitos *erga omnes* para os atos alheios ao imóvel registrado, bem como não será possível na hipótese de inexistência de bem imóvel. Nesse ponto, o registro do contrato de convivência no Livro nº 3 – Registro Auxiliar seria a única solução possível. No entanto, conforme já exposto, por falta de previsão legal, tal registro não é permitido.

Contudo, conforme já exposto, essa forma de pensar sobre a possibilidade de eficácia "erga omnes" da união estável a partir da Lei nº 14.382, de 22 de junho de 2022, que alterou alguns importantes dispositivos da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), precisa ser atualizada. O novo artigo 94-A da Lei nº 6.015/73 autoriza que seja registrada nos assentos de nascimento do casal a existência de união estável entre eles, por meio da apresentação e arquivo da sentença, do termo ou da escritura pública declaratórios. Dessa maneira, uma vez registrada a união estável no registro civil, conforme autoriza o art. 94-A da Lei n° 6.015/73, embora não se tenha instituído um novo estado civil para os companheiros, é possível defender a publicidade e a eficácia "erga omnes" da união estável em si. Ou seja, uma vez registrada a união estável no Livro E do registro civil de pessoas naturais em que os companheiros têm ou tiveram sua última residência, não é dado mais a qualquer pessoa alegar o desconhecimento da referida entidade familiar. Isto ocorre porque após o registro da união estável no Livro E, o oficial do registro civil, nos termos do art. 106 da Lei nº 6.015/73, deverá, no prazo de cinco dias, anotá-lo nos atos anteriores, com remissões recíprocas, se lançados em seu cartório, ou fará comunicação, com resumo do assento, ao oficial em cujo cartório estiverem os registros primitivos (nascimento e casamento). Dessa forma, qualquer pessoa que solicitar a certidão de nascimento ou de casamento de um ou de ambos os companheiros, encontrará no respectivo documento a anotação da união estável constituída, bem como o regime de bens que vigora naquela entidade familiar.

### 9.3.2.2.1 Irretroatividade dos efeitos do contrato de convivência

Conforme visto, o contrato de convivência é uma alternativa disponível aos companheiros e serve, especialmente, para eleição de regime de bens a disciplinar as consequências patrimoniais da relação. Assim, sua confecção é facultativa e não compromete a configuração, a validade e a eficácia desta família. Para além disso, a teor do artigo 1.725 do Código Civil, a inexistência do contrato de convivência não cria lacuna quanto à disciplina legal a normatizar as consequências financeiras do companheirismo. Ao revés, também significa uma escolha.

Na união estável, o silêncio dos companheiros se qualifica, tal qual no casamento, como manifestação presumida de vontade. Para todos os efeitos patrimoniais, entende-se eleito, então, o regime supletivo legal, qual seja, o da comunhão parcial de bens. Significa dizer que hão de se comunicar as aquisições onerosas havidas na persistência da família.

Esse pensamento não surpreende, a considerar que as entidades familiares baseadas na conjugalidade, invariavelmente, demandam um regime de bens. Mas a particular dispensa de formalização constitutiva, típica da união estável, torna possível e, ao mesmo tempo, melindrosa uma situação: a formulação do contrato de convivência em momento posterior à configuração familiar. Não há óbice legal para que os companheiros instituam tal pacto tempos após o início da entidade. Nesse caso, questiona-se: a eleição tardia do regime de bens gerará efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*?

O Superior Tribunal de Justiça foi requisitado algumas vezes a fixar entendimento a respeito e decidiu pela irretroatividade do contrato de convivência. Nos Recursos Especiais de n.°1.597.675 - SP[765] e 1.845.416 - MS[766] o raciocínio firmado é claríssimo: não cabe falar em efeitos *ex tunc* do contrato porque não há decisão pendente ou carência de definição. A união estável eventualmente considerada tem regime eleito e efeitos por ele disciplinados, até então. Admitir que pacto ulterior remexa neste cenário é violar dispositivo expresso de lei e comprometer grandemente a segurança de terceiros.

A propósito, a escritura, nesse caso, não seria eletiva, mas modificativa de regime de bens. Outro equívoco e ilegalidade, já que a mutabilidade do regime de bens é aceita e viável, desde que judicialmente analisada. E ainda nesta hipótese, em regra, apenas serve a reger efeitos futuros; não pretéritos.

Em última instância, é nula cláusula contratual que pretenda pactuar a retroatividade do contrato de convivência, dado que no período prévio vigorou o regime de comunhão parcial de bens.

## 9.3.2.2.2 Contrato de namoro

O contrato de namoro é tema que vem ganhando a atenção da doutrina por corresponder à possibilidade de que casais de namorados busquem estabelecer limites à relação, subtraindo dela efeitos patrimoniais que são comuns à união estável e ao casamento, sob o argumento de ausência de intuito de constituir família naquele momento.

Celebra-se o pacto na expectativa de que os bens pretéritos e contemporâneos à relação obtidos por cada um dos componentes não sejam objeto de partilha em caso de ruptura do vínculo afetivo. Tenta-se demonstrar, por meio do referido instrumento, que, apesar da existência de afeto entre os namorados, não existe ainda, pelo menos até a confecção do acordo, *intuito familiae*. Busca-se distinguir, portanto, o namoro da união estável.

Embora ainda haja uma reduzida adesão a essa modalidade de pacto, o Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo – informa que até o mês de outubro de

765 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp n. 1.751.645/MG*, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 4/11/2019, DJe de 11/11/2019.

766 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.845.416/MS*, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 24/8/2021.

2018 já haviam sido registrados vinte contratos, número próximo aos registrados em 2016 (25 registros) e 2017 (28 registros), e muito superior aos registrados em 2013 (2 contratos registrados) e 2014 (3 registros).[767]

Quanto à existência e validade do contrato de namoro, parece não haver, a princípio, nenhum obstáculo. As vontades estão sendo manifestadas por meio de um contrato escrito cujo objeto é o desenquadramento da relação como união estável, realçando que se trata de um namoro. Sendo as partes capazes e não havendo forma prescrita em lei e considerando que o objeto é determinado e não parece ser nem ilícito nem impossível, pode-se estar diante de um negócio jurídico existente e válido.

Isso porque há quem defenda que o "contrato de namoro" não seja efetivamente um contrato[768] e que também não tenha natureza de negócio jurídico. É o que se extrai do texto de Fabrício Renê Cardoso de Pádua:

> *A priori*, vale ressaltar, que o chamado *contrato de namoro*, não é propriamente um contrato e, tampouco, tem por finalidade instituir um namoro. Em verdade, os que celebram um *contrato de namoro* não criam, modificam ou extinguem uma relação jurídica – até porque o namoro não pode ser assim qualificado -, mas simplesmente declaram que a relação por eles mantida não se qualifica como união estável. Em outros termos, não estamos diante de um negócio jurídico, pois não são estabelecidas obrigações recíprocas entre os namorados e, indubitavelmente, entre o casal não é criado qualquer sinalagma obrigacional. Trata-se sim, de uma simples manifestação de vontade, exarada unilateralmente por cada um dos namorados, em um termo por eles assinado, que comumente é arquivado em cartório, cujo objetivo é de apenas obstar a configuração de uma união estável e, sobretudo, a produção de efeitos de ordem patrimonial que dela decorrem.[769]

Diverge-se da opinião acima colacionada pelo fato de que os contratos, não têm, necessariamente, como pressuposto a criação de obrigações recíprocas entre os celebrantes. A ilustrar, tem-se o contrato de doação, que não deixa de ser contrato apenas pelo fato de não haver sinalagma.

Entende-se que o questionamento trazido por esta modalidade de acordo não se encontra nos planos de existência ou de validade, mas, especificamente, no plano de eficácia. Como se viu, uma vez celebrado o contrato, é possível analisar sua existência e sua validade sem grandes dificuldades. Ocorre que, quanto à produção

---

767 COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL – Seção São Paulo. *O povo: contrato de namoro?* Publicado em 18/12/2018. Disponível em: https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=17218&filtro=1&lj=1366. Acesso em 02 fev. 2021.

768 Em sentido oposto: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 535; ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 161.

769 PÁDUA, Fabrício Renê Cardoso de. União estável e contrato de namoro. In: FIUZA, César (Org); RODRIGUES, Edwirges Elaine Rodrigues; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. (Coord.). *Temas relevantes sobre o direito das famílias*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 330-331.

de efeitos, soa temerário dizer que o conteúdo do contrato será sempre condizente com a realidade experimentada pelo casal de namorados.

De acordo com Maria Berenice Dias, a partir da regulamentação da união estável, criou-se, por meio de afirmações infundadas, um pânico, entre os homens principalmente, de que namoros ou meras relações fugazes pudessem ter repercussão patrimonial, e dessa insegurança passou-se a cogitar a celebração de um contrato "para assegurar a *ausência de comprometimento* recíproco e a *incomunicabilidade presente e futura do patrimônio*."[770] A autora adverte:

> No entanto, esse tipo de avença, com o intuito de prevenir responsabilidades, não dispõe de nenhum valor, a não ser o de monetizar singela relação afetiva. Afinal, o namoro não é concebido como fato jurídico, visto que é incapaz de gerar qualquer efeito jurídico. (...). A única possibilidade é os namorados firmarem uma declaração referente à situação de ordem patrimonial *presente e pretérita*. Mas não há como previamente afirmar a incomunicabilidade futura, principalmente quando segue longo período de vida em comum, no qual foram amealhados bens. Nessa circunstância, emprestar eficácia a contrato firmado no início do relacionamento pode ser fonte de *enriquecimento sem causa*.[771]

Entende-se que, apesar de ser possível celebrar o contrato, sua existência não impedirá que, eventualmente, se caracterize uma união estável[772], cuja configuração, conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "depende de elementos fáticos, não podendo ser bloqueada por um negócio jurídico."[773] Arrematam ainda afirmando que:

> Significa dizer: a avença (contrato de namoro) não consegue garantir o escopo almejado, que seria impedir a caracterização de união estável. Enfim, é válido, mas inidôneo para o fim alvitrado. Por isso, esclarece corretamente Carlos Roberto Gonçalves que o contrato de namoro não impede que se materialize uma união estável, pois esta se trata de "um fato jurídico, um fato da vida, uma situação fática, com reflexos jurídicos, mas que decorrem da convivência humana".[774]

De fato, esse parece ser o entendimento mais adequado acerca do contrato de namoro. Não se pretende negar a autonomia dos interessados ao celebrarem o

770 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 601-602, grifos da autora.

771 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 602-603, grifos da autora.

772 Nesse sentido também se posiciona Marília Pedroso Xavier: "Com efeito, entre o que consta no documento e o desenvolvimento no plano fático, deve prevalecer o segundo. No entanto, não há razão justificável para previamente imputar às partes o ânimo de fraude à lei. Frise-se que no direito pátrio vigora o princípio da presunção da inocência." (XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família moderno* / Marília Pedroso Xavier. 2. ed. 2. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 104.)

773 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 535.

774 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 535.

pacto, mas questionar a eficácia deste, visto ser possível que, muitas vezes, o título que se dá à relação não corresponde à realidade.

A entender que, realmente, a situação considerada no contrato possa não se sustentar, faticamente, como namoro no momento da feitura do contrato ou no futuro, mas configurar união estável, é de se pensar na viabilidade de o documento prever o regime de bens pretendido pelas partes, nessa hipótese. Noutras palavras, diante de eventual descompasso entre a descrição negocial e a realidade da relação, seja na feitura do contrato ou no futuro, parece útil que o instrumento estabeleça o conjunto de normas que disciplinará os efeitos patrimoniais entre os companheiros. E inexiste qualquer óbice legal para tanto.

## 9.3.3. Conversão da união estável em casamento

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, determinou que fosse facilitada sua conversão em casamento. É o que prevê a parte final do artigo 226, § 3º. Trata-se de uma ordem dirigida ao legislador ordinário para a hipótese de os já companheiros pretenderem se tornar cônjuges.[775] A ideia é promover, com maior simplificação, a instituição matrimonial, visto que os nubentes já formam entre si uma outra espécie familiar – a união estável –, o que retiraria a originalidade da relação a ser estabelecida pelo casamento.

A primeira regulamentação do dispositivo constitucional ocorreu com a Lei nº 9.278/96. Seu artigo 8º[776] previa que a solicitação conjunta poderia ser feita perante o Cartório de Registro Civil do domicílio do casal. Nesse sentido, a providência tinha teor meramente administrativo e – ainda que a normatização legal não tenha sido expressa – pressupunha a realização do procedimento de habilitação – de competência do próprio oficial – a comprovar a capacidade núbil dos requerentes, ficando, no entanto, dispensada a celebração porque já devidamente atestada a vontade deles.[777]

Com o advento do Código Civil de 2002, outra norma a respeito do assunto veio a contrariar – e assim revogar – esse inicial regramento. A partir de então, o pedido de conversão se torna judicial, devendo os companheiros encaminhar sua solicitação ao magistrado, cuja decisão será posteriormente assentada no Registro

---

775 Como muito bem lembra Paulo Lôbo, elementar é a intenção dos conviventes nesse sentido. Não se pode pretender extrair deste comando normativo uma hierarquização dos tipos familiares, em desmerecimento à união estável. Nas suas palavras: “facilitar a conversão de uma entidade em outra é especificação do princípio da liberdade de constituição de família; não é rito de passagem. [...] a norma do §3º do art. 226 da Constituição configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem se casar [...] Serão livres para convertê-la em casamento se quiserem [...].” (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*., grifo nosso)

776 Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao oficial do Registro Civil da circunscrição de seu domicílio.

777 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 546.

Civil.[778] Também o Código Civil não chegou a indicar o procedimento propriamente dito, mas se manteve o entendimento sobre a necessidade da habilitação, a certificar a ausência de impedimentos matrimoniais para garantia da validade do casamento. Saliente-se, a propósito, que embora a união estável – na literalidade legal – já presuma a inexistência de tais obstáculos, isso há de ser confirmado na oportunidade da conversão, considerando-se que essa família não passou, na maioria das vezes, por qualquer aferição jurídica, como uma ação declaratória, por exemplo.[779]

Essa organização parecia conter um paradoxo. De um lado, o pedido dos companheiros deveria ter natureza judicial, mas, por outro lado, subentendia-se como pressuposto a habilitação, que, por sua vez, é apurada na seara administrativa. Com isso, a ideia de facilitação parecia realmente não ter sido observada, razão pela qual era discutível a constitucionalidade do art. 1.726 do Código Civil atual. De fato, a alteração da competência para a conversão – de administrativa para judicial – além de representar, na verdade, não uma substituição, mas um acréscimo do âmbito jurisdicional, agregava despesas e dispêndios aos requerentes, como honorários advocatícios e custas processuais.

Nesse contexto, como bem concluíram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "sem dúvida, sob o ponto de vista prático, realizada uma interpretação literal do texto codificado, seria muito mais fácil casar do que converter uma união estável em casamento."[780]

Isso se fortifica ainda mais quando se percebe a extrema dificuldade em se definirem as consequências da conversão – principalmente as patrimoniais. Há quem defenda, até mesmo, a retroatividade dos efeitos matrimoniais ao período em que existia isoladamente a união estável,[781] com o que não se pode concordar por atenção, sobretudo, à tutela da confiança de terceiros de boa-fé.[782]

Enfim, crê-se que a melhor maneira de solucionar a questão seria manter dissociadas as entidades familiares – casamento e união estável – em respeito a suas peculiaridades. Isso não impediria, porém, que, no exercício dos direitos ao livre desenvolvimento da personalidade e à constituição familiar, os companheiros pudessem se tornar cônjuges ou vice-versa. Mas nesse caso, então, eles deveriam

---

778 Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

779 Paulo Lôbo assim se manifesta: "a união estável pressupõe que tenha sido constituída sem violação dos impedimentos matrimoniais que lhe são igualmente aplicáveis (art. 1.723), tornando desnecessária publicação de edital, pois sua finalidade é a de permitir sua oposição. O único impedimento a ser considerado é o do companheiro que estava separado de fato ou judicialmente, quando foi iniciada a união estável, que deve comprovar já estar devidamente divorciado, no pedido de conversão." (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.).

780 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 546.

781 Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 547.

782 Também como nós pensa Paulo Lôbo (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.).

se submeter às regras próprias e satisfazer os respectivos requisitos exigidos para constituição da família pretendida. Ocorre que, diante da prescrição constitucional a impor que seja facilitada a transformação da união estável em casamento, esse raciocínio não pode vingar. Assim volta-se ao impasse: a norma da Constituição Federal não pode ser desmerecida, mas, ao mesmo tempo, também não pode ser adequadamente aplicada, diante das deficiências de sua regulamentação atual.

A última tentativa de dar efetividade à norma constitucional que determina que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento ocorreu com a Lei nº 14.382/22, que incluiu o art. 70-A na Lei nº 6.015/73. Novamente, determinou-se que a conversão deverá ser processada administrativamente. Além disso, agora, está claro que a realização do procedimento de habilitação é de competência do próprio oficial de registo civil, que deverá comprovar a capacidade núbil dos requerentes, ficando, no entanto, dispensada a celebração porque já devidamente atestada a vontade deles.[783]

## 9.4 Jurisprudência sumulada

**STF - Súmula 447**: É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina. **Data de Aprovação**: 01/10/1964.

**STF - Súmula 382**: A vida em comum sob o mesmo teto, "more uxorio", não é indispensável à caracterização do concubinato. **Data de Aprovação**: 03/04/1964

783 LEI Nº 6.015/73:
Art. 70-A. A conversão da união estável em casamento deverá ser requerida pelos companheiros perante o oficial de registro civil de pessoas naturais de sua residência. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
§ 1º Recebido o requerimento, será iniciado o processo de habilitação sob o mesmo rito previsto para o casamento, e deverá constar dos proclamas que se trata de conversão de união estável em casamento. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
§ 2º Em caso de requerimento de conversão de união estável por mandato, a procuração deverá ser pública e com prazo máximo de 30 (trinta) dias. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
§ 3º Se estiver em termos o pedido, será lavrado o assento da conversão da união estável em casamento, independentemente de autorização judicial, prescindindo o ato da celebração do matrimônio. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
§ 4º O assento da conversão da união estável em casamento será lavrado no Livro B, sem a indicação da data e das testemunhas da celebração, do nome do presidente do ato e das assinaturas dos companheiros e das testemunhas, anotando-se no respectivo termo que se trata de conversão de união estável em casamento. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
§ 5º A conversão da união estável dependerá da superação dos impedimentos legais para o casamento, sujeitando-se à adoção do regime patrimonial de bens, na forma dos preceitos da lei civil. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
§ 6º Não constará do assento de casamento convertido a partir da união estável a data do início ou o período de duração desta, salvo no caso de prévio procedimento de certificação eletrônica de união estável realizado perante oficial de registro civil. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)
§ 7º Se estiver em termos o pedido, o falecimento da parte no curso do processo de habilitação não impedirá a lavratura do assento de conversão de união estável em casamento. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

**STF - Súmula 380**: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. **Data de Aprovação**: 03/04/1964.

**STF - Súmula 35**: Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio. **Data de Aprovação**: 13/12/1963.

**STJ - Súmula 655:** Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum. Data da Decisão: 09/11/2022.

**STJ - Súmula 600:** Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima. Data da Decisão: 22/11/2017.

**STJ - Súmula 99**: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte. Data da Decisão: 14/04/1994.

## 9.5 Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 674 aprovado na IX Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.659, inc. IV: Comprovada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o ressarcimento a ser pago à vítima deverá sair exclusivamente da meação do cônjuge ou companheiro agressor.

**Enunciado 641 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.790. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.

**Enunciado 635 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.655. O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.

**Enunciado 612 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 2.027, parágrafo único. O prazo para exercer o direito de anular a partilha amigável judicial, decorrente de dissolução de sociedade conjugal ou de união estável, extingue-se em 1 (um) ano da data do trânsito em julgado da sentença homologatória, consoante dispõem o art. 2.027, parágrafo único, do Código Civil de 2002, e o art. 1.029, parágrafo único, do Código de Processo Civil (art. 657, parágrafo único, do Novo CPC).

**Enunciado 526 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.726. É possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação.

**Enunciado 524 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.723. As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família.

**Enunciado 346 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Na união estável o regime patrimonial obedecerá à norma vigente no momento da aquisição de cada bem, salvo contrato escrito.

**Enunciado 296 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 197. Não corre a prescrição entre os companheiros, na constância da união estável.

**Enunciado 275 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 12 e 20. O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro.

**Enunciado 269 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.801: A vedação do art. 1.801, inc. III, do Código Civil não se aplica à união estável, independentemente do período de separação de fato (art. 1.723, § 1º).

**Enunciado 186 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 790: O companheiro deve ser considerado implicitamente incluído no rol das pessoas tratadas no art. 790, parágrafo único, por possuir interesse legítimo no seguro da pessoa do outro companheiro.

**Enunciado 115 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.725: há presunção de comunhão de aqüestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens.

**Enunciado 99 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.565, § 2º: o art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, caput, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei n. 9.263/96.

**Enunciado 97 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 25: no que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheirismo, como por exemplo na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil).

# 10 Família Monoparental

## 10.1 Conceito

A estrutura monoparental, paralelamente à união estável, foi expressamente reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como destinatária de tutela jurídica. Predicada com o qualificativo família,[784] compreende, pois, uma inovação representativa. Ainda que não seja um fenômeno social recente – como demonstra o precedente histórico – sua apreensão pelo Direito o é e, assim, salienta sobremaneira a alteração pela qual passa a concepção familiar. Afinal, mais do que a união estável, a família monoparental compreende formulação totalmente diversa daquela até então considerada pela codicística.[785]

Segundo prescrição da Constituição Federal de 1988, família monoparental[786] é a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. Simples, mas bastante figurativa, a definição parece não deixar dúvida quanto a tal forma de estruturação. Somando-se a isso a própria nomenclatura, apreende-se, de pronto, que a principal característica desta família é, exatamente, a unilinearidade.

A família monoparental sustenta-se em formação desprovida de uma das figuras parentais. Tem-se um ou vários filhos acompanhados ou da mãe, ou do pai, de forma isolada. Não convivem o casal ascendente e os descendentes, mas estes e apenas um componente daquele.

Destaque-se, ainda, que, neste ambiente familiar, os descendentes também não se encontram associados à outra pessoa que ocupe a posição do ascendente faltoso. A mãe ou o pai que se inclua nesta família não possui a companhia de outro consorte – marido ou esposa, companheiro ou companheira. Os membros familiares são, exclusivamente, um dos pais e a respectiva descendência.

Tal fator é bem sublinhado na definição de Eduardo de Oliveira Leite: "uma família é definida como monoparental quando uma pessoa considerada (homem

---

784 Destaque-se, neste ponto, as considerações trazidas por Eduardo de Oliveira Leite. Pondo em discussão o acerto do termo *família* para a monoparentalidade, refere-se à discordante doutrina francesa. Para esta, "lar monoparental" seria expressão mais adequada, uma vez que a representação avessa à biparentalidade seria a própria negação da família ou representativo de sua desestruturação. (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais:* a situação de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24). Não se pode concordar, porém, em nenhum ponto com tal postura. Trata-se de um entendimento voltado à manutenção de concepções tradicionais que, na realidade, já se mostram superadas. Ao revés, é preciso admitir a nova semântica do termo família e, a partir dela, compreender os fenômenos sociais.

785 Codicística consiste na estrutura normativa organizada em códigos, resultado do movimento racionalista de propósito liberal-patrimonialista dos séculos XVIII e XIX. A família por ela considerada era exclusivamente a derivada do casamento, compondo-se, basicamente, pelo casal e seus filhos.

786 Art. 226, § 4º, da CF/88.

ou mulher) encontra-se sem cônjuge ou companheiro e vive com uma ou várias crianças."[787]

Numa interpretação mais ampliativa do dispositivo constitucional, há quem afirme também compreender família monoparental a que for chefiada por algum parente que não o ascendente de primeiro grau dos descendentes dela integrantes. Seria a hipótese, por exemplo, da avó ou do avô que vive com o(s) neto(s) ou mesmo a realidade do tio ou da tia que cuida do(s) sobrinho(s).[788] Comungando desse entendimento, Maria Berenice Dias assevera que basta "haver diferença de gerações entre um de seus membros e dos demais, sem relacionamento de ordem sexual entre eles. Existindo interesse de natureza sexual, não se pode falar em família monoparental."[789]

Se se entender parentalidade como sinônimo de parentesco, o raciocínio talvez se apresente acertado. Se se entender parentalidade, porém, como ancestralidade, será obrigatório, para configuração da família monoparental, a presença de um ascendente, ainda que de outro grau que não o primeiro. Em atenção à redação do dispositivo constitucional, esta última opção interpretativa se mostra mais coerente. A diferença de gerações se mostra suficiente, indiferentemente do grau, desde que se trate de parentesco em linha reta, isto é, numa relação de ascendência.

Ainda sob essa postura extensiva de compreensão, Maria Berenice Dias afasta a menoridade dos descendentes como característica elementar da família monoparental,[790] no que é contrariada por Paulo Lôbo. Para este último autor, "quando os filhos atingem a maioridade ou são emancipados, deixa de existir a autoridade parental, reduzindo-se a entidade monoparental apenas às relações de parentesco [...]."[791]

Mais uma vez, o que vem à tona para precisão conceitual desta entidade familiar é a conotação do termo parentalidade. Se tido por relativo ao poder familiar que une os membros, justificada seria a observação do último doutrinador. Todavia, não parece fazer sentido que, até certa data, a realidade receba predicado de família monoparental e após, ainda que se mantenha intacta, assim seja juridicamente desqualificada. A convivência entre descendentes maiores e seus ascendentes

---

787 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22. Resta fazer, porém, uma observação. O termo 'crianças' usado na definição, crê-se, talvez seja inadequado pela restrição que promove. Afinal, o fato eventual de o filho ou os filhos já se encontrarem em idade acima de 12 (adolescência) ou mesmo 18 anos (adulto) não pode servir de impedimento para constatar a família monoparental.

788 Nas palavras de Maria Berenice Dias: "a entidade familiar formada com algum parente que não um dos genitores, igualmente, constitui vínculo uniparental." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 650).

789 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 651.

790 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 651.

791 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

não pode, simplesmente pela maioridade dos primeiros, ser entendida como mero vínculo de parentesco sem conotação familiar. Uma vez que o fato social se mantenha e que nele permaneçam presentes os requisitos constitutivos de família, à entidade se deve conservar o reconhecimento jurídico deste atributo e suas atinentes consequências.[792]

Insista-se que a monoparentalidade, enquanto entidade familiar, pressupõe a falta de associação conjugal do ascendente com outra pessoa, restringindo-se a relação familiar à ordem de descendência. Indiferentemente da menoridade ou maioridade dos descendentes, não pode o poder familiar ser considerado como definidor da família monoparental – como parece entender o autor.[793]

A relação de parentesco em linha reta passa a ser considerada também instituidora de uma entidade familiar monoparental a partir do momento em que a comunhão de vida é estabelecida, *de forma restrita*, entre aqueles que já se encontram unidos por ela. A presença de qualquer outra pessoa neste espaço, por sua vez, descaracteriza a qualidade monoparental da família.[794]

Em face de tudo isso, conclui-se que a família monoparental pressupõe ambiente eudemonista,[795] estável e ostensivo, composto por um único ascendente, de qualquer grau e desprovido de um consorte, e por seus descendentes, menores ou maiores.

## 10.2 Origens[796]

As origens da família monoparental podem ser diversas, mas, basicamente, são de duas naturezas: acidental ou deliberada. Acidental quando proveniente de fatos alheios à vontade dos envolvidos, como nos casos de viuvez, separação, divórcio ou até da maternidade ou paternidade solteira. Deliberada, por sua vez, quando resultado de opção pessoal, como na hipótese do celibato somado à adoção unipessoal ou à parentalidade voluntária.

Viuvez é o estado civil daquele que perdeu, pela morte, a esposa ou o marido. Quando atrelada à existência de filhos dessa relação desfeita, gera a família monoparental, isto é, aquele conjunto formado pelo casal e seus descendentes resume-se, a partir de então, a apenas estes e o consorte sobrevivente. Diz-se que

---

792 Paulo Lôbo, neste ponto, embora afirme, de um lado, que a entidade se reduz às relações de parentesco, de outro, reconhece que o direito aos alimentos permanece existente entre os envolvidos, tal qual o direito à impenhorabilidade do bem de família. (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.).

793 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

794 Vale esclarecer que a presença desse outro membro não obsta à qualificação familiar do espaço de convivência sediado por eles. Desde que os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade estejam presentes, haverá família. O que não será possível é considerá-la do tipo monoparental.

795 Que favoreça a busca de uma vida feliz, seja no âmbito individual, seja no coletivo.

796 Ainda que se admita família monoparental instituída por ascendente de grau superior ao primeiro, como todos os demais graus derivam deste, as fontes apresentadas desta entidade familiar relacionam-se ao estabelecimento do vínculo de filiação.

sua origem é acidental exatamente porque advém de uma fatalidade, qual seja o falecimento.

A separação judicial e o divórcio também podem ocasionar a formação unilinear. Quando a união conjugal finda, os pais deixam de coabitar e, consequentemente, os filhos podem ficar sob o referencial de moradia de apenas um deles. Nesse caso, o ambiente familiar fica restrito, portanto, a apenas uma das figuras parentais, a despeito de eventual convívio com o outro ascendente. A monoparentalidade é, assim, instaurada como estrutura familiar. Também nesse caso, a origem é considerada acidental sob o pressuposto de que o fim não é quisto ou buscado por nenhum dos consortes quando da formação matrimonial.

Insta salientar, nesse ponto, que as hipóteses de dissolução conjugal vêm se mostrando, nos últimos tempos, cada vez mais frequentes. As taxas gerais de separação e divórcio foram diferenciadas em 2010, em função das alterações legislativas de desburocratização da dissolução matrimonial. A supressão dos prazos e a admissão da via administrativa fizeram com que o divórcio atingisse o seu maior índice, desde 1984, qual seja 1,8%. A separação, por sua vez, teve queda significativa: de 0,9%, em 2000, chegou a 0.5% em 2010.

Isso influi, decisivamente, na representação do panorama das formações familiares, em geral, e na formação da monoparentalidade, em particular.

Dos 175.712 divorciados no Brasil, em 2010, 89.425 tinham filhos menores, no momento do divórcio. Nesse universo, as mulheres permanecem hegemônicas na responsabilidade pela guarda desses filhos. Nas estatísticas divulgadas pelo IBGE, em 2010, 87,3% dos divórcios concedidos no Brasil tiveram a responsabilidade pelas crianças e adolescentes delegada às mulheres.[797] Se essas mulheres, então, não possuem outro companheiro ou cônjuge, isso pode significar um universo de monoparentalidade bastante expressivo.

Mais recentemente, no ano de 2019, segundo informações disponíveis no portal do IBGE[798], dos 161.907 divórcios concedidos em 1ª Instância a casais com filhos menores de idade, em apenas 6.601 casos (menos de 5%) a responsabilidade pela guarda dos filhos coube ao marido e em 101.048 casos, a guarda foi atribuída à mulher (mais de 60% dos casos). A responsabilidade de ambos os cônjuges, ou seja, a guarda compartilhada foi registrada em 43.367 casos, o que representa pouco mais de 26%. A se entender que a variável *guarda*, indicada pelo IBGE, equivale ao referencial de moradia, esta seria a realidade de famílias monoparentais, instituídas acidentalmente pela dissolução matrimonial, no Brasil.

A última origem acidental da monoparentalidade seria a maternidade não planejada da mulher solteira. Por muito tempo, representou ocorrência constante,

---

797 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatística do registro civil 2010*. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=2031. Acesso em: 16 dez. 2011.

798 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Tabela 5.8 - Divórcios concedidos em 1ª instância, a casais com filhos menores de idade e número de filhos menores de idade, por responsável pela guarda dos filhos, segundo o lugar da ação do processo – 2019. *Estatísticas. Downloads. Registro Civil.* Tabelas de Resultados. 2019. ODS. Divórcios. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/downloads-estatisticas.html. Acesso em 03 fev. 2021.

sendo alvo de severas discriminações e repressões sociais. Hoje, porém, a maternidade acidental da mulher solteira já ocorre em menor frequência, e, ainda, perde, aos poucos, a conotação de anormalidade social. Tudo isso se justifica, principalmente, pela promovida dissociação entre sexualidade, reprodução e conjugalidade.

Por um lado, pode-se notar que a sociedade já não encara com tanto espanto e repulsa a atividade sexual havida fora da união conjugal. Há certa evolução cultural nesse sentido. Ou, para aqueles que creem na permanência da mesma reprovação social quanto ao fenômeno, há que se reconhecer, no mínimo, certa evolução jurídico-legal.[799] Por outro lado, o desenvolvimento de métodos contraceptivos e o fácil acesso a eles concorrem para impedir que a consequência das relações sexuais – conjugais ou não – seja, necessariamente, a reprodução. Portanto, aquela imagem de adolescente mal instruída que engravida, sendo abandonada e discriminada por toda a sociedade, tende a diminuir. Afinal, a própria maternidade vem perdendo, gradualmente, a natureza acidental.

Enfim, a despeito do declínio sofrido, a maternidade acidental da mulher solteira é ainda considerável causa de formação da família monoparental. A criança que nasce pode se incluir num ambiente familiar caracterizado pela unilinearidade, nesse caso, materna. Contudo, não se pode desmerecer que, nestas mesmas situações de gravidez não planejada, tem se mostrado real, algumas vezes, a permanência da criança com o pai, sendo também, nesta variante, eventualmente instituída a família monoparental.

Resta analisar as ditas origens deliberadas da monoparentalidade.

Celibato pode ser conceituado como o estado anímico de uma pessoa que se mantém sozinha. Trata-se de um estilo de vida desligado da ideia de casal, de companheirismo. Envolve, exatamente, a carência de pretensão voltada para a formação de um par e de respectiva família a partir dele. De fato, o celibato está intrinsecamente ligado à questão volitiva, ao *animus* da pessoa, tendo, pois, caráter eminentemente subjetivo.

Nesse sentido, o celibato não induz, necessariamente, ao solteirismo. Solteiro é aquela pessoa que nunca foi casada, que nunca se reuniu a alguém pelos laços matrimoniais. Portanto, dizer-se solteiro atine ao estado civil da pessoa, estado de não casado, que tem caráter externo e, inclusive, técnico-jurídico. Em última instância, é preciso salientar que celibatário e solteiro são qualificações que se encontram postas em ambientes significantes diferentes.

Ciente disso, uma conclusão parece acertada: para ser celibatário é desnecessário ser solteiro. As situações de celibatário e solteiro, na verdade, se equivalerão apenas quando o sujeito nunca tiver sido casado e, ainda, não tiver a pretensão de unir-se a ninguém para formar família, seja pelos laços matrimoniais ou por qualquer outra estrutura que envolva o casal.

799 Para isso, basta lembrar que outrora os filhos havidos fora da relação conjugal tinham negada sua paternidade, ao passo que, atualmente, o que vinga é não só o compulsório reconhecimento, mas também a igualdade de direitos. Nesse sentido: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais:* a situação de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 51.

Porém, a pessoa que se mantém intencionalmente sozinha já pode ter sido casada. Viúvos, separados ou divorciados, caso se mantenham solitários, podem ser celibatários, mas não são mais solteiros. Afinal, o fato de não possuírem a intenção de se unir a ninguém para formação familiar é o que basta para se identificar o celibato; é, pois, indiferente o fato de já terem sido casados.

Um aspecto tem importante destaque. Afirmar que o celibatário é aquele que não possui pretensão de reunir-se a outrem para criar uma família não é afirmar que esta pessoa não queira compor um ambiente familiar. Não se olvide que o conceito contemporâneo de família é flagrantemente desligado da noção de casal ou par. Por isso, não formar casal nem par não impede que se forme família. O celibatário pode perfeitamente desejar instituir família – isso não afasta sua adjetivação – porém, recusa fazê-lo por meio de uma relação conjugal.

E é nesse ponto que a família monoparental pode surgir. Como bem lembrado por Rui Geraldo Camargo Viana, "o celibatário que não pretende unir-se, formando um casal, pode desejar perpetuar-se através da filiação, que terá, nesse caso, típica conotação unilateral."[800] Para isso, dois são os recursos imagináveis, quais sejam a adoção unipessoal ou a parentalidade solitária planejada.

A adoção é o ato civil pelo qual se estabelece o vínculo de filiação entre pessoas não ligadas pela consanguinidade. Funda-se, em realidade, na vontade do adotante e, por vezes, do adotado.[801] Isto é, pela manifestação volitiva, devidamente somada aos demais pressupostos legais, tornaram-se pai ou mãe e filho pessoas desvinculadas biologicamente, o que significa dizer que "a adoção viabiliza um parentesco por assimilação, um parentesco eletivo."[802]

No que tange à qualidade exigida do sujeito adotante, qualquer pessoa possui, em princípio, a faculdade de adotar. Para isso, basta a maioridade civil e a diferença de idade de 16 anos em relação ao adotando.[803] Em face disso, destaca-se, de antemão, a irrelevância do estado civil do adotante, isto é, seja solteiro, viúvo, separado, divorciado e, mesmo, casado,[804] qualquer sujeito pode adotar, desde que

---

800 VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Temas atuais de direito civil na constituição federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32;46.

801 Lembre-se de que, sendo maior de 12 anos, o adotado deve ser ouvido, segundo disposição expressa do artigo 45, §2º, da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. De qualquer maneira, não se pretende afirmar, em face do destaque das necessárias aquiescências, ter o instituto da adoção típica natureza contratual. Afinal, tal aspecto envolve discussão ainda maior atinente, por exemplo, à revogabilidade do ato, admitida pelo Código Civil de 1916 (artigos 373 e 374) e não mantida, em expresso, pelo Código Civil de 2002. A respeito, vale analisar MACHADO, Martha de Toledo; NERY JUNIOR, Nelson. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. *Revista de Direito Privado,* São Paulo, n. 12, p. 9-49, out./dez. 2002.

802 VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade.* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 161.

803 Artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

804 Em se tratando de adotante casado que pretenda tornar o adotado seu filho exclusivo, tem-se por necessária a aquiescência do outro cônjuge, considerando que a convivência se estabelecerá também em relação a este.

possua a idade fixada em lei e confirmadas condições materiais e psíquicas de tornar-se pai ou mãe.[805]

Daí se apreende a permissão da adoção unilateral. Não sendo requisito a existência de um casal ou par, nada impede que um único sujeito se torne pai ou mãe de outrem, ao adotá-lo. E isso não é admitido sem propósito. Ao revés, tem como fundamento considerável aspecto, sobretudo no que tange ao adotando menor.

O instituto da adoção – como já se teve oportunidade de destacar no contexto romano – formou-se inicialmente com o escopo de dar filhos àqueles que não os obtiveram naturalmente, isto é, a tutela fundava-se primordialmente na figura dos pais, não na do filho. Com o passar dos tempos, porém, o entendimento jurídico sofreu considerável modificação, ponderando-se a própria razão do instituto. Não mais preponderam, isoladamente, os interesses dos pais: na perspectiva da proteção integral, o filho aufere especial destaque: "a adoção se faz porque uma criança precisa de pais e não os tem."[806]

Propiciar uma convivência familiar à criança ou ao adolescente, tomada como pessoa em desenvolvimento, embora não seja a única, é a forte motivação do procedimento adotivo, por meio de "uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber [amor]."[807] Sendo assim, diante da pluralidade de formações familiares possíveis, não cabe restringir a legitimidade do adotante àqueles que componham um casal, por exemplo. Muito diferente disso, o padrão deve ser a família, entendida como ambiente baseado no afeto, propício à livre formação da personalidade de seus membros.

Nessa feita, não há que negar ao celibatário a possibilidade de adotar e de, assim, formar com o adotado uma família. Aliás, em verdade, a adoção unipessoal "trata-se de expresso reconhecimento da monoparentalidade em matéria de adoção, baseado no melhor interesse da criança"[808] e do adolescente. O mesmo entendimento se aplica, mudando o que deve ser mudado, à adoção de pessoa maior. Afinal, também a esta se pretende conceder um espaço eudemonista para seu livre e pleno desenvolvimento.

Ao lado da adoção unilateral, a intencional parentalidade solitária é também fonte de monoparentalidade deliberada. As celibatárias, em especial, de forma cada

---

805 Essas condições são aferidas durante o processo de adoção por intermédio de estudo social prévio formulado por equipe multidisciplinar, composta por psicólogos e assistentes sociais.

806 MACHADO, Martha de Toledo; NERY JUNIOR, Nelson. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. *Revista de Direito Privado,* São Paulo, n. 12, p. 9-49, out./dez. 2002, p. 31.

807 VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,* Belo Horizonte, Ano 27, n. 21, p. 401-419, maio 1979, p. 417. Ainda o mesmo autor, em sequência, completa: "A paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade."

808 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação:* o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 537.

vez mais frequente, têm-se valido da opção pela gravidez, mostrando-se dispostas a arcar com todos os ônus que a situação encerra. "Esta mulher sozinha apresenta condição econômica que lhe garante autonomia e isto influi incisivamente na decisão de engravidar e, consequentemente, de formar uma família monoparental."[809]

Resultado imediato disso é concluir, como faz Eduardo de Oliveira Leite, que a imagem da mãe sozinha, como vítima da imaturidade, desprezada pelo genitor do rebento e vivendo em situação financeira escassa, tende a desaparecer.[810] Muito diferente disso, a alcançada independência feminina tornou dispensável a presença do homem na constituição familiar, o que envolve, principalmente, sua contribuição na produção e criação de filhos.

A colaborar com essa situação social, vale relembrar a já citada desvinculação entre a sexualidade e a reprodução e entre essa e a conjugalidade. O desenvolvimento dos métodos contraceptivos veio contribuir, exatamente, para o controle reprodutivo e, nessa feita, evitar a prole desatrelada da pretensão respectiva, sem impedir, para isso, a ocorrência de relacionamentos sexuais. No mesmo sentido, as técnicas conceptivas permitem tornar concreto eventual desejo maternal, desprezando, inclusive, a necessidade da relação sexual propriamente dita. Por outro lado, a admissão social tanto da sexualidade, quanto da própria reprodução desarticulada da formação conjugal – que, quando ocorre, mostra-se paulatinamente mais tardia[811] – também contribui para a maior ocorrência de maternidade da pessoa sozinha.

Esclareça-se, nesse ponto, que se toma por pessoa sozinha a celibatária, isto é, aquela que não possui intenção de unir-se a alguém, formando um casal para constituição familiar. Em consequência, a expressão não se resume ao solteiro, envolvendo também outros estados civis – viúvo, separado e divorciado.

Para as mulheres celibatárias, a opção pela monoparentalidade se demonstra menos complexa devido à sua capacidade gestacional. Para os homens, porém, a complexidade é flagrante, já que, para poderem assim constituir família, faz-se necessário o recurso à gestação de substituição. De qualquer modo, a dificuldade não pode ensejar a conclusão teórica de impossibilidade. Conseguindo valer-se da reprodução assistida e obtendo a prole por útero alheio, não se unindo conjugalmente a ninguém, formará o pai família monoparental com seu filho.

A gravidez do celibatário grupo feminino envolve mais alternativas; pode ocorrer por meio de dois recursos. O natural, consistente no encontro sexual efetivo com um homem; ou o não convencional, compreendendo as técnicas de procriação

809 CÂMARA, Marcelo de Faria. *Monoparentalidade e inseminação artificial heteróloga*: considerações jurídicas. 2003. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

810 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

811 O fenômeno parece cíclico, pois, nas palavras de Elza Berquó, "a alta progressiva nos índices de escolaridade entre as mulheres e seu ingresso no mercado de trabalho podem ser evocados como determinantes do aumento de idade ao casar." (BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. *In*: NOVAIS, Fernando A.; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Coord.). *História da vida privada no Brasil:* contrastes da intimidade contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, v. 4, p. 417).

medicamente assistida. Do primeiro método, podem se valer apenas as mulheres férteis. Do segundo, pelo menos a princípio,[812] tanto as férteis quanto às inférteis.

Para ocorrência do recurso natural, basta à pretensa mãe encontrar um parceiro ideal – que pode ser tido como um homem de características quistas para o filho, por exemplo – e com ele ter relação sexual em correta época, para ser fecundada e, pois, engravidar. Nesse caso, geralmente, o genitor não é informado acerca da pretensão da mulher ou mesmo do resultante estado gravídico desta. É assim, exatamente, porque o objetivo é de geração própria, independente. "O que surpreende, em tal processo, é o desejo manifesto de afastar do projeto parental a figura do pai."[813]

Com o mesmo objetivo, a mulher pode até se esquivar do contato sexual – por esterilidade ou por outra razão qualquer – e, neste caso, obter a prole por meios não naturais, com o auxílio de técnicas conceptivas médico-científicas. "A evolução da biologia pode amparar uma dificuldade de gravidez ou alguma opção por uma maternidade não compartilhada ('produção independente')."[814]

O mais interessante é reconhecer, em face de tudo isso, que a maternidade deixou de compreender um único modelo. Proporcionalmente aos mais variados e hodiernos estilos de vida, há sortidos parâmetros maternais, diferentes formas de se aferir um mesmo objetivo: tornar-se mãe e, com seu filho, constituir uma família monoparental.

Disso não deve decorrer, porém, impressão errônea acerca de uma tranquilidade que o tema envolve. Longe disso, o assunto é dos mais controvertidos. O fato, embora corrente, envolve uma infinidade de dúvidas e críticas. Os questionamentos variam desde os prováveis malefícios desta unilinearidade voluntária até uma suposta *coisificação* da criança – colocada como mero instrumento para satisfação de objetivo egoístico da mãe. Para contribuir ademais com a incerteza, soma-se a omissão legal. Inexistem regras jurídicas a disciplinar tais ocorrências; apenas normas deontológicas – de cunho tangencial, ainda – constantes na Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Quanto à primeira forma de concepção autônoma, por envolver o método reprodutivo comum, pode-se dizer que é de compreensão e aceitação jurídica menos controversa. Mesmo porque a grande dificuldade de seu controle aniquila, de pronto, a eficácia de qualquer pretensão proibitiva legal – caso constatada a necessidade de ser repelida. E, nesse sentido, talvez se aproxime das origens acidentais da monoparentalidade, diante de sua inevitabilidade em termos

---

812 Diz-se *a princípio* exatamente porque não se enfrenta, neste momento do trabalho, a questão sobre eventual requisito da infertilidade para admissão ao acesso às técnicas conceptivas médicas. O problema será apresentado apenas posteriormente, quando da análise do planejamento familiar, razão pela qual se parte, agora, ainda do pressuposto do oferecimento generalizado de tais métodos.

813 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 84.

814 MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 108.

jurídicos. A segunda alternativa, porém – atinente à reprodução assistida – engloba imensurável complexidade.

> Caber-lhe-á [à celibatária] acesso à procriação assistida, assim como lhe defere o direito a possibilidade de adoção unilateral? A matéria é inçada de dificuldades, impondo-se resolver o conflito entre o direito da celibatária à geração da vida e os inconvenientes à prole de ser educada e desenvolvida num ambiente familiar não convencional.[815]

De todo modo, é perceptível que o CFM, ao substituir a Resolução n.º1.358/92 pela n.º 1957/10 indicou uma permissibilidade maior para o uso da técnica procriativa. Assim porque passou a prever que pacientes de reprodução assistida são *todas as pessoas capazes que, para tanto, deem seu consentimento*. Ademais, abandonou a referência de que a mulher, quando casada ou em união estável, necessite do consentimento do marido ou companheiro para utilização do referido recurso médico.[816] Desde então, o CFM já publicou cinco outras resoluções e a que está em vigor, atualmente, é a de número 2.294/2021. Manteve-se, desde 2010, a previsão de que os pacientes das técnicas de reprodução assistida sejam todas as pessoas capazes e que tenham dado seu consentimento.

De qualquer maneira, não tomando as dúvidas que a matéria encerra como irrelevantes, certo é, de um lado, a crescente ocorrência do fato; de outro, a não vedação expressa do ordenamento jurídico – o que contribui, inclusive, para esta frequência casuística. Resultado inevitável disso, pois, é assumir que a monoparentalidade também pode ser efeito dessa maternidade[817] voluntária. Isso significa que – até então – dentre as conhecidas origens deliberadas da monoparentalidade, tem-se tanto a adotiva, quanto aquela fruto de um convencional encontro sexual ou a resultante do uso das técnicas de reprodução medicamente assistida.

Somadas estas àquelas origens definidas como acidentais, é preciso sobrelevar, enfim, que, *em todos esses casos,* a monoparentalidade representará família a partir da relação afetiva entre seus componentes e, consequentemente, da oferta de um sadio ambiente propulsor do autodesenvolvimento deles.

---

815 VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. *In*: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Temas atuais de direito civil na constituição federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32.

816 Acerca das polêmicas que o assunto traz, vale conferir os comentários emitidos pela Promotora Raquel Pacheco, em entrevista concedida do CEBID – Centro de Estudos em Biodireito. Disponível em: http://cebid.blogspot.com/search?q=promotora. Acesso em: 10 nov. 2011.

817 A paternidade medicamente assistida também não encontra vedação legal. E, a partir da Resolução nº 2.013/2013 até a atual Resolução nº 2.294/2021, a gestação de substituição pode ser empregada tanto na doadora genética, quanto em uniões homoafetivas ou pessoas solteiras, independentemente do sexo.

## 10.3 Tutela constitucional: compreensão

Terminada a exposição sobre o conceito e as origens da família monoparental, um fator de grande importância ainda a analisar atina à tutela constitucional desta entidade. De um lado, é sabido que a monoparentalidade foi reconhecida expressamente pela Constituição de 1988 como família e, sob este parâmetro, posta como destinatária de proteção jurídica. Por outro lado, dada a generalidade da definição legal – desatenta às várias peculiaridades que pode compreender referida estrutura familiar –, resta esclarecer acerca do seu efetivo conteúdo e assentar, em definitivo, a real abrangência da tutela em face das diversificadas famílias monoparentais existentes.

De início, crê-se interessante destacar particularidade relevante da monoparentalidade. Trata-se de estrutura familiar que denota compreensão mais ampla de uma ocorrência social que se encontrava, até então, juridicamente resumida. Nas precisas palavras de Heloísa Helena Barboza, "deve-se observar, quanto às comunidades formadas por um dos pais e seus descendentes, relações que não mais se restringem aos vínculos de filiação, mas constituem entidades familiares."[818]

Efetivamente, o fenômeno relacional havido entre pai ou mãe e filhos não é *novo receptor* de atenção jurídica. Muito diferente disso, poder-se-ia defini-lo como receptor de *nova atenção jurídica*. E isso se põe de forma meritória. Afinal, serve para explicitar, ainda mais, a razão pela qual o sistema jurídico passa a destinar tutela a uma amplitude de formações familiares.

Para justificar o reconhecimento jurídico das variadas famílias, o raciocínio outrora tecido destacou a necessidade de dar guarida àquelas situações reais ignoradas ou rebatidas, a fim de que o Direito preserve, inclusive, sua utilidade. Nessa perspectiva, talvez fosse, a princípio, desnecessário abranger a estrutura monoparental porque já tutelada em termos filiais. Porém, numa análise mais apurada, verifica-se que a apreensão do fenômeno não é desprezível. Ao contrário, sua nova qualificação é de extrema relevância.

O motivo para se considerar família tanto a união estável, quanto, em especial, a estrutura monoparental em muito supera a necessidade de tratamento jurídico. Encontra-se na imprescindibilidade de revelar o significado que o termo 'família' agora envolve e, aí sim, fundar o objetivo da tutela do Direito. Nesses termos, a proteção jurídica é consequência deste novo entendimento, não da simples convicção acerca da indispensável apreensão dos fatos sociais pelo sistema. Por isso, não se resume, em si mesmo, o reconhecimento jurídico. Circunscreve-se no significado atual de família. As formações sociais que – pautadas no afeto, na estabilidade e na ostensibilidade – concorrem para o desenvolvimento das pessoas que as compõem merecem ser amparadas pelo Direito. Essa é a correta compreensão.

---

818 BARBOZA, Heloísa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. *In*: BARRETTO, Vicente, (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 105.

Não se poderia, pois, desmerecer a família monoparental, a despeito de já receber aprovação sistêmica e atinente tutela, sob o enfoque da filiação. Efetivamente, é inadmissível manter uma leitura de tal fato restrita às relações parentais a ele insertas. Muito além disso, assimila ambiente propício à livre formação da personalidade dos seus membros e, nesse ponto, não pode deixar de auferir respectiva defesa jurídica. A redundância protecionista – mesmo que diferente em termos qualitativos – justifica-se na inegável adjetivação familiar que o fato encerra.

Além de estarem ligados pelos laços parentais, mãe ou pai e filhos, segundo a nova concepção, podem formar uma verdadeira família, desde que a reunião tenha caráter eudemonista.

Afastada da estrutura matrimonial indissolúvel e, principalmente, do próprio casal como base da família; afastada, ainda, da reprodução restrita aos fins conjugais:[819] clara fica a admissão da monoparentalidade altamente significativa. É formação que atesta, de forma mais genuína, a deficiência da pré-modelação familiar, da disposição de estereótipos a serem concretizados para o alcance da proteção do ordenamento jurídico. É entidade que sublinha o verdadeiro sentido atual da família, qual seja comunhão de afeto indiferente à forma ou à origem.

Em face disso, talvez a família monoparental seja de mais difícil compreensão e assimilação que a união estável, por exemplo. Afinal, não resgata qualquer característica do modelo familiar baseado no casamento, por muito tempo considerado único. Na união estável, ainda se notam o casal e os eventuais filhos como fruto deste relacionamento maduro. Na família monoparental, não há a dupla de ascendentes e os descendentes podem não ser resultado de uma refletida união. Assim, a monoparentalidade afronta, com muito mais vigor, os pilares sob os quais se fundou, por longo tempo, o entendimento familiar. Em consequência, é natural que as reações aversivas a ela sejam mais frequentes.

Para exemplificar, já houve quem denominasse a unilinearidade como 'família incompleta', com o que não se pode mais concordar.[820] Para ser família sob os ditames constitucionais, despreza-se a quantidade dos membros ou sua composição, sendo suficiente o afeto estável e ostensivo que os reúne. Na realidade, portanto, ou há, ou não há formação familiar; inexistem temperamentos ou relativizações.

Com o mesmo cuidado, devem ser encaradas as possíveis origens da família monoparental acima relacionadas. Ao avaliar tal elenco, tem-se por impreterível não se olvidar que, se discriminações injustificadas já ocorrem quanto à consideração

---

819 "Acabou afastando a idéia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, consequentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação." (SOUZA, Ivone M. C. Coelho de; DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter) seções do afeto e da lei. *Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 4, p. 273-280, out./dez. 2000, p. 277).

820 A crítica se direciona à assertiva do respeitável professor Ricardo Pereira Lira. Em suas palavras, a Constituição Federal de 1988 "reconheceu também, como entidade familiar, a família incompleta, ou seja, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes." (LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. *In*: BARRETTO, Vicente, (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 39, grifo nosso).

de novas famílias como um todo, o problema se intensifica, em especial, quanto à monoparentalidade e isso justamente porque, como dito, esta estrutura rompe sobremaneira o precedente paradigma.

Nesse sentido, a despeito de a definição de família monoparental, trazida pela Magna Carta, apresentar-se excessivamente sucinta – e, por isso, incerta[821] –, não há que permanecerem quaisquer dúvidas acerca de sua efetiva compreensão. Verificada a coexistência de um pai ou uma mãe e seus filhos, fundada na estabilidade e na ostensibilidade afetiva, fomentadora do livre desenvolvimento destes indivíduos, tem-se família monoparental. A fonte a origem desta estrutura é totalmente desinteressante para o fim de sua qualificação e obtenção de tutela jurídica. Acidental ou deliberada, o que importa é constatar a funcionalidade familiar, isto é, a promoção dos interesses de seus componentes. Reconhecer isso significa relembrar o conteúdo do já citado princípio da pluralidade, porque, se este *standard* já tem o condão de estender a proteção constitucional a entidades familiares diversas daquelas expressamente mencionadas, é patente sua propensão em fazê-lo também quanto às diversificadas origens da família monoparental – que já se encontra consignada no elenco.

Em última instância, desarrazoados são quaisquer raciocínios que, *na perspectiva familiar*, pretendam sugerir restrição da tutela constitucional em favor de apenas algumas procedências da monoparentalidade.[822] Originada da viuvez, da separação, do divórcio, da gravidez acidental, ou do celibato somado à adoção unilateral ou, ainda, à deliberada parentalidade – obtida pelos meios convencionais ou por técnicas médicas conceptivas – é inquestionável receber a família monoparental defesa jurídica. Diante disso, não se nega a plausibilidade de eventuais ponderações que se creiam necessárias quanto à forma de geração desta – em especial no caso da reprodução assistida –, mas desde que não se baseiem na concessão ou na negativa do predicativo de família. Afinal, este, tão logo se demonstre, por si mesmo exige proteção jurídica.

## 10.4. Efeitos particulares

O estudo da família monoparental leva a um embaraçoso questionamento: tem ela efeitos particulares ou todas as suas consequências provêm da relação paterno ou materno-filial, em si mesma considerada?

De fato, é reconhecível que, como a família monoparental é isenta de relação conjugal – sustentáculo comum às demais entidades citadas constitucionalmente –, os efeitos jurídicos naturalmente daí oriundos ou nela não ocorrem ou advêm do

---

821 “A definição ainda tem contornos complexos, pois o que se busca saber é o que seja efetivamente uma família monoparental, dentro da complexidade das relações humanas.” (FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 134).

822 Sobre este assunto, é de leitura crucial: SÁ, Maria de Fátima Freire. Monoparentalidade e biodireito. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2003, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2003. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=4&anais. Acesso em: 20 jan. 2009.

próprio elo filial. O dever de fidelidade, por exemplo, inexiste. O direito a alimentos e os direitos sucessórios, por sua vez, ainda que titularizados pelos componentes da família monoparental, têm por causa o parentesco que os une.

Nessa feita, apenas um efeito talvez se possa indicar como dedutível da entidade monoparental por si mesma, qual seja o direito à constituição e à impenhorabilidade do bem de família. Assim porque a Lei nº 8.009/90, ao disciplinar tal direito, prescreve, de maneira específica, que o imóvel sobre o qual ele recairá há de ser a moradia do casal – quando a família for por ele formada; isto é, casamento ou união estável – ou da entidade familiar.[823]

Isso leva a crer, em primeira vista, que apenas o vínculo paterno ou materno-filial, se destituído da conotação jurídica suplementar de família, seria insuficiente para conceder esta garantia imobiliária. Em outras palavras, a caracterização da monoparentalidade como realidade familiar se apresentaria como elementar; fonte imediata do direito.

Por outro lado, porém, entende-se que, a despeito da literalidade normativa, a proteção ao bem de família se funda, em verdade, no direito fundamental à moradia.[824] Logo, se o titular deste não é a família, mas as pessoas, individualmente consideradas, será em função delas – e não da entidade familiar que formam entre si – que o direito à impenhorabilidade imobiliária emergirá.[825] Neste caso, a família monoparental não é a causa e, por consequência, é conclusivo que ela pareça não ter qualquer efeito jurídico próprio.

## 10.5. Biparentalidade: direito fundamental?

O panorama contemporâneo da filiação permite verificar uma ascensão jurídica do filho.[826] Inicialmente vinculado à situação dos pais e resumido a instrumento de obtenção patrimonial, foi adquirindo relevo cada vez maior até se tornar, finalmente, alvo de tutela jurídica específica, proporcional à sua especialidade. Sob a sistemática constitucional vigente, voltada para a ampla tutela

---

823 Lei nº 8.009/90.
"Art. 1º O <u>imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar</u>, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.
[...]
Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único <u>imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar</u> para moradia permanente." (grifo nosso)

824 A explicação detalhada deste raciocínio encontra-se no Capítulo 16 desta obra, especialmente dedicado ao estudo do bem de família.

825 Nesse sentido: Súmula 364 do STJ: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas." Data da Decisão: 15/10/2008.

826 Para mais esclarecimentos a respeito, dirija-se o leitor ao Capítulo 11 desta obra, reservado a este assunto.

da pessoa, à criança e ao adolescente é reconhecida a qualidade de titulares de direitos.

O artigo 227 da Carta Magna enuncia abertamente uma série de direitos garantidos a tais sujeitos e, correlativamente, determina a obrigação da família, da sociedade e do Estado de satisfazê-los. Em reflexo, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – reitera o amparo, minudenciando e regulamentando vários desses direitos já assegurados em sede constitucional.[827]

Instaura-se, com isso, no ordenamento jurídico pátrio, a doutrina da proteção integral e especial da criança e do adolescente. A ideia é que também as crianças e os adolescentes hão de ser admitidos como sujeitos de direitos, alguns equivalentes aos dos adultos e outros peculiares à sua situação de *pessoas em desenvolvimento*.

Encontram-se as crianças e os adolescentes numa fase vital de definição da sua individualidade, pela incorporação de certas características que, assim, eles tornariam próprias. Buscam referências hábeis a lhes conceder uma identidade que os distinga no ambiente social. Nessa medida, carecem de tratamento jurídico especial que seja atento a tal situação peculiar na qual se encontram.

Em suma, o cuidado particular que requerem a criança e o adolescente funda-se na grande necessidade que se tem de bem formar sua personalidade. Afinal, essa subjetividade ainda se encontra consideravelmente indefinida.

Segundo Tânia da Silva Pereira, "a identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com sua identidade no grupo familiar e social."[828] Em outras palavras, a formação daqueles sujeitos é direcionada conforme a estruturação grupal na qual se inserem; tanto em âmbito doméstico, quanto público. A influência dos fatores externos, nesses ambientes citados, pode ser decisiva na constituição dessas pessoas.

Diante desses fatos, extraem-se duas conclusões. A primeira diz respeito à maior carga de importância que assume o direito ao livre desenvolvimento da personalidade para esses sujeitos. A segunda atina ao grande relevo que, neste contexto, assume a família. Coordenando tais constatações, por sua vez, soa plausível afirmar que, com intensidade superior à verificada quanto aos demais sujeitos, a proteção jurídica infanto-juvenil deve ser alicerçada numa preciosa preservação da família, como núcleo intermediário à sua formação pessoal. O direito à convivência familiar é, assim, primaz.

Reconhecido em sede constitucional, referido direito é disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. O *caput* do artigo 19[829] desse diploma legal determina que o direito à convivência familiar

---

827 BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). *O melhor interesse da criança:* um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 110-111.

828 PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). *O melhor interesse da criança:* um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 15.

829 Estatuto da Criança e do Adolescente - Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. *(Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)*.

impõe seja a criança ou o adolescente criado e educado, preferencialmente, no seio de sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta.

Como por várias vezes já se afirmou, família é toda formação social que compreende ambiente propício a autoformação das pessoas que a constituem. Sendo indiferentes sua espécie e sua origem, a família pode se apresentar sob as mais variadas formas e em qualquer destas hipóteses será juridicamente tutelada. Em síntese, o que basta é que se configure como instrumental válido à sadia constituição de seus componentes.

Aplicando-se esses enunciados ao conteúdo legal do direito à convivência familiar, talvez se extraia, a princípio, uma impropriedade. Se a família, desde que assim qualificada, constitui ambiente capaz de auxiliar a estruturação da personalidade dos sujeitos, não há razão para quaisquer hierarquias ou predomínios. Não é possível falar em famílias melhores ou piores. As formações sociais podem ser ou não família; mas, se o forem, são igualmente viáveis. Assim, o dispositivo da Lei nº 8.069/90, entendido coerentemente com o conceito de família, não deveria promover distinções entre as formas dessas para preferir uma em detrimento da outra.

Logo, o direito à convivência familiar da criança e do adolescente impõe, na verdade, sejam estes sujeitos criados e educados num ambiente familiar, na maior acepção que a locução encerra. A maneira de composição deste, porém, soa, a princípio, irrelevante.

Uma razão, contudo, pode ser notada como explicativa da prioridade que o dispositivo concede à chamada *família natural* para inclusão da criança ou do adolescente. Essa razão seria o parentesco. Ainda que se tenha hoje também o critério socioafetivo, não se extinguiu o biológico. Este permanece sendo um indicativo da filiação, porém, não mais de forma isolada. A ele veio somar-se o critério da afetividade. Nesses termos, quando a norma legal menciona que o menor deve ser posto, prioritariamente, na sua família natural, pode-se entender que o objetivo foi prezar pelo estabelecimento da filiação plena, pautada na concentração, em um mesmo sujeito, dos vínculos genético – real ou presumido pelo critério jurídico – e afetivo.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente contribui para esta conclusão ao conceituar o que vem a ser a *preferencial* família na qual deve ser inserido o menor. Dispõe o *caput* do artigo 25 que “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.” Nesses termos, admite-se que, tanto a formação social composta pelo pai e pela mãe, quanto aquela na qual se note apenas um desses parentes, ambos são recintos adequados à inserção da pessoa em desenvolvimento. Destaque-se, pois, de modo especial, que a família monoparental é, segundo admissão legislativa, perfeitamente viável à permanência da criança e do adolescente a fim de que se desenvolvam, formando-se pessoalmente.

A regra parece louvável porque perfeitamente afinada com todas as diretrizes jurídicas fundamentais afetas ao tema. Reitere-se que, uma vez reconhecida *a família* como alvo de proteção do Direito, pela função que exerce em prol da existência e da realização das pessoas, injustificada a tentativa de retirar a idoneidade de certas formas familiares para colaborar com o livre desenvolvimento da personalidade da

criança e do adolescente. Em outras palavras, o direito à convivência familiar desses sujeitos, em princípio, será perfeitamente satisfeito por meio de sua inclusão em qualquer entidade que possa ser denominada família.

Indiscutível, por um lado, que a monoparentalidade atenda a tal qualificação. A família monoparental é reconhecida pela Constituição Federal de 1988. Por outro lado, porém, da certeza dessa regra decorre uma relevante dúvida: têm as pessoas, em geral, e, em particular, as crianças e os adolescentes, direito à biparentalidade?

Rose Melo Vencelau é incisiva ao enfrentar tais questionamentos e, assim, afirmar que a biparentalidade é um direito desses menores que não pode ser deliberadamente ofendido. Nas suas palavras:

> O artigo 227, *caput*, da Constituição da República enuncia como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e à dignidade humana, entre outros. Acolher a possibilidade de uma pessoa ser concebida sem pai é frustrá-la do convívio familiar e, principalmente, afrontar sua dignidade. E não se garante o amparo das chamadas famílias monoparentais, formadas por quaisquer dos pais e seus descendentes, pois o que se pretende com a norma do § 4º do artigo 226 da Constituição é que também estes núcleos familiares tenham proteção do Estado, uma vez que venham a se formar. Diferencia-se a hipótese de o legislador estimular certas situações, daquela em que se protege uma situação que venha a ocorrer, como na concretização da família monoparental. A pessoa tem direito à biparentalidade.[830]

Analisando-se os argumentos pela autora elencados e somando-se outros, crê-se não merecer acolhida a conclusão a que ela chega. A começar pela indevida vinculação entre o direito à convivência familiar e a existência do pai. Consoante o raciocínio que se acabou de esposar, parece certo de que a convivência familiar – como a própria terminologia adianta – é direito das crianças e dos adolescentes o qual se satisfaz por meio da inclusão destes sujeitos num recinto caracteristicamente eudemonista que possa contribuir para seu desenvolvimento. Partindo-se do pressuposto de que a família é plural, compreendendo variadas formas e diversas origens, pode ser perfeitamente instituída sem a presença do pai da criança – da mesma forma, sem a presença da mãe. Em reverso, se os pais não são pressupostos necessários para a família e se esta é que deve existir para a realização do direito à convivência da criança e do adolescente, não há imprescindibilidade, para tanto, da existência de ambos os sujeitos.

Contribui ainda mais para essa defesa, em detrimento do entendimento em análise, o critério de filiação atual. Pautada, sobretudo, na relação socioafetiva dos sujeitos, o vínculo filial envolve a espontaneidade e a efetividade como valorosos fatores. O que mais importa é que o filho seja assim reconhecido e tratado pela mãe, pelo pai ou por ambos. A realização existencial é preponderantemente garantida quando, muito além da relação materno e paterno-filial meramente genética, esteja presente o afeto e a disposição para a colaboração recíproca.

830 VENCELAU, Rose Melo. Família, indivíduo e tecnologia: o biodireito. *Revista Trimestral de Direito Civil,* Ano 4, v. 15, p. 283-297, jul./set. 2003, p. 290, grifo nosso.

A mera "existência" dos progenitores não garante, pois, a satisfação desse direito à convivência familiar da criança ou do adolescente. Em sentido inverso, portanto, a falta de qualquer deles também não pode ser preliminarmente entendida como ofensiva à tutela infanto-juvenil. Há que se admitir que o livre desenvolvimento da personalidade desses sujeitos não tem como condição *sine qua non* ter ambos os ascendentes genéticos.

Diante de todos esses aspectos, crê-se mais arrazoada a postura de Maria Cláudia Crespo Brauner, para quem a biparentalidade não corresponde a um fundamental direito e que, por isso, a procriação deliberadamente desprovida da figura paterna ou materna não pode ser rotulada, neste aspecto, como ofensiva.[831]

> De fato, o interesse da criança deve ser preponderante, mas isso não implica concluir que seu interesse se contrapõe, de forma reiterada, ao recurso às técnicas de procriação artificial e que ela não possa vir a integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto.
> É de se ressaltar que não há, necessariamente, uma incompatibilidade entre os direitos da criança e o direito da mãe que opta pela utilização de contribuição genética de doador para gerar e que, portanto, em virtude de critério do anonimato e segredo da identidade do doador não poderá desvendar jamais à criança o nome de seu genitor. [...] a família deste final de século não se define mais exclusivamente pela existência da triangulação clássica: pai, mãe e filho e, ainda, afirmamos que o critério biologista, ou seja, os valores simbólicos ligados à hereditariedade, parentesco sanguíneo e o direito de conhecer as origens devem ceder lugar, progressivamente, à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica.[832]

831 Na defesa pela aceitação jurídica da pluralidade de projetos de vida, porque perfeitamente adequados à realização pessoal, quando livremente eleitos: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 128.

832 BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. *In*: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresh da. (Org.). *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos.* Porto Alegre: Themis, 1998, p. 76.

# 11 Filiação

## 11.1. Evolução de critérios atuais

Filiação pode ser conceituada como a relação de parentesco que vincula, em primeiro grau, os sujeitos envolvidos.[833] Trata-se de um parentesco em linha reta, que abrange a descendência de um mesmo tronco ancestral. A filiação se forma entre um indivíduo que decorre, diretamente, do outro; é o vínculo havido entre o gerador e o gerado. É pela filiação que se indica a linhagem da qual adveio o sujeito, definindo-se, em consequência, a maternidade e a paternidade. Pode-se, assim, conceituar filiação como o primeiro importante passo no processo de identidade de alguém.[834] "Uma vez consagrado o vínculo de parentesco entre determinadas pessoas, essas passam a se denominar parentes, ou seja, aqueles pertencentes à mesma família."[835] Instituída a filiação, os sujeitos tornam-se pai, mãe e filho.

Definida pelo Direito, a filiação sofreu algumas variações com o passar dos tempos, conforme os critérios utilizados para seu estabelecimento.

Primitivamente, o parâmetro proposto foi o *biológico*. "O homem correlacionou o nascimento de uma vida nova com o desempenho anterior da atividade sexual."[836] Da causalidade natural, advinha a relação de descendência entre os sujeitos: determinismo fisiológico.

Ocorre que, sendo a cultura intrínseca ao homem, este parâmetro *biológico* não apareceu ileso, mas foi influenciado pelas regras sociais. A simples ideia do fatalismo foi agregada a outros fatores, conforme alguns parâmetros reinantes socialmente. Nesse sentido, vale observar a conjuntura romana e, consequentemente, a realidade oitocentista dela derivada.

Tanto em Roma quanto nas civilizações ocidentais fundadas, juridicamente, pelo movimento de codificação, a filiação só tinha espaço em âmbito matrimonial. A geração de descendentes era atividade eminentemente afeta à formação familiar que, por sua vez, tinha no casamento seu único assento admissível. Logo, o critério biológico de filiação se reúne a tais referências e o resultado aparece de maneira interessante.

No que tange à relação consanguínea, na época, o único aspecto capaz de certificar a derivação do sujeito gerado era a gravidez. Apenas a maternidade era fato indiscutível, impositivo por si mesmo, dispensando-se mais esclarecimentos. A

---

833 SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de direito civil:* direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 8, p. 249.

834 FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. *A desconstituição da paternidade no direito brasileiro.* 2000. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 93.

835 QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade:* aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 5.

836 VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense.* Rio de Janeiro, v. 71, p. 45-51, jul./set. 1980, p. 45.

gestação e o parto é que demonstravam a mãe da criança nascida. *Mater semper certa est*;[837] "o núcleo da moldura do parentesco orbita classicamente em torno da mãe."[838]

Por outro lado, quanto à figura do pai, não vingava a mesma facilidade comprobatória. Este era o sujeito oculto da geração do filho.[839] Nesse sentido, como o pretenso parâmetro da filiação era biológico, mas não passível de certificação, inevitável foi recorrer a critério meramente indicativo. Condizente à ordem social, pautada na restrição de legitimidade do fenômeno reprodutivo àquele realizado na constância do matrimônio, formulou-se a presunção *pater vero is est, quem nuptiae demonstrat*.[840] Os filhos concebidos durante o casamento criam-se gerados pelo marido da esposa grávida.

Diante disso, vale notar que, embora baseado na consanguinidade, o estabelecimento da filiação não se pautava necessariamente numa real descendência biológica. Dada a inexistência de suficientes conhecimentos científicos para tal comprovação, a derivação nem sempre era perfeita. A presunção criada a fim de sanar esta carência impunha, por vezes, uma ficção.[841] De qualquer forma, ainda que inverídico, justificava-se assim estabelecer o vínculo de filiação entre os sujeitos para que preservados fossem os parâmetros sociais vigentes. Diante, principalmente, das ideias de indissolubilidade do casamento e de restrição ao mesmo do projeto procriativo, concentrava coerência reconhecer a situação de pai e filhos apenas quando inclusos na realidade matrimonial.[842] *O critério da filiação tinha natureza jurídica, portanto*.

A contribuir ainda mais para esta plausibilidade do critério de filiação, vale lembrar que a família tinha natureza institucional. Segundo a sistemática codicista, a família concentrava interesses próprios que deveriam ser protegidos, ainda que, para tanto, necessário fosse desmerecer os componentes familiares. Toda a coordenação dos sujeitos, uns em relação aos outros, e a determinação de suas funções voltavam-se para a preservação dos objetivos da família, destacadamente, de cunho econômico. A designada *paz doméstica* era bastante exatamente porque obtida por meio da criteriosa ocupação e do exercício dos papéis por cada um dos familiares.

---

837 A mãe é sempre certa.

838 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade:* relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 27.

839 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade:* relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 27.

840 É pai aquele que indica as núpcias.

841 "O conceito jurídico da paternidade dos filhos tidos dentro do casamento é um conceito aprisionado, firme no enclausuramento que a segurança jurídica se propõe a conferir às relações sociais, de um modo geral, e às relações matrimoniais, em especial. Não raro a certeza jurídica não passa paradoxalmente de uma ficção." (FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade:* relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 34).

842 Diz-se apenas *pai* e não mãe porque, devido à situação certificadora da gestação, a maternidade não dependia do pressuposto matrimonial para ser fixada. Mãe é a que se engravida e dá à luz. A existência ou não do casamento influi não na determinação do vínculo materno-filial, mas na representação social que a maternidade assume: legítimo ser mãe apenas se tal situação for fruto da relação matrimonial.

Nesse contexto, a filiação se inclui como mais um recurso apto a tal consecução. Os filhos – supostamente descendentes do marido – representavam importante instrumento para aferição patrimonial. Preciosa mão de obra, principalmente porque numerosos, os filhos concorriam para a obtenção do erário familiar. Mais do que isso, porém, a suprema relevância dos descendentes, assim definidos segundo o critério da presumida paternidade marital, era concentrar o patrimônio da família nela mesma. Sendo inadmissível o reconhecimento do vínculo de filiação paterna que não fosse sediado no matrimônio, aniquila-se a possibilidade de destinar bens e recursos econômicos da família *legítima* para um sujeito fruto de um encontro aleatório externo ao casamento. O contrário ofenderia fatalmente a instituição. Afinal, a fazenda familiar seria arruinada em favor de um sujeito a ela alheio, o que parecia intolerável.

A situação é emblemática para sublinhar, exatamente, a prevalência que corroboravam os escopos familiares em detrimento das pessoas. Na hipótese descrita, a principal justificativa invocada para impedir o reconhecimento de filho extraconjugal referia-se à inadmissibilidade de rateio econômico em favor dele. A titularidade patrimonial deveria ser eminentemente familiar. E como a família jurídica era apenas a oriunda do matrimônio, qualquer destinação externa seria desviante e infundada.

Crianças advindas de outros relacionamentos não recebiam qualquer proteção jurídica, sendo-lhes mesmo vedado o reconhecimento de sua ancestralidade. Mais do que isso, eram discriminadas e estigmatizadas pelas expressões filhos *ilegítimos*, *naturais*, *espúrios*, *adulterinos* e *incestuosos*.[843] O que ocorria, pois, na época, era justamente a dependência da condição de filho ao estado civil de casado dos pais. Daí dizer-se em filiação *jurídica* não eminentemente *biológica*.

Digna de destaque, ainda, é a natureza quase inafastável da presunção quanto aos filhos da mulher casada. Na sistemática do Código Civil de 1916 – característico da época em descrição –, somente o atestado de absoluta impotência masculina repeliria a relação filial do marido com a prole de sua esposa. Nem mesmo o adultério confessado pela mulher teria o condão de retirar a paternidade do marido.[844]

De um lado, havia a negativa de constituir o vínculo de filiação entre sujeitos que não estivessem incluídos numa família matrimonializada; de outro, a presunção

843 A filiação, na concepção do Código Civil de 1916, podia ser legítima e ilegítima. *Filhos legítimos* eram aqueles concebidos na constância do casamento, ou seja, pai e mãe casados entre si geravam filhos legítimos. Já os *filhos ilegítimos* eram decorrentes de relações fora do casamento, ou seja, os pais não eram casados entre si. Classificavam-se em naturais, espúrios, adulterinos e incestuosos. Os *filhos naturais* eram os nascidos de pais entre os quais não havia, à época da concepção, impedimento matrimonial. Portanto, os pais não eram casados, mas, se quisessem, poderiam realizar o casamento, pois não havia impedimento matrimonial entre eles. Os *filhos espúrios*, por sua vez, eram os oriundos da união de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção, por laço de parentesco em grau proibido ou por já serem casados - ambos, ou um deles apenas - com outra pessoa. Duas eram as espécies de filhos espúrios: os adulterinos e os incestuosos. Os *filhos espúrios adulterinos* eram os nascidos de pessoas impedidas de se casarem em virtude de casamento com terceiros. Os *filhos espúrios incestuosos* eram os nascidos de pessoas impedidas de se unirem por matrimônio válido em razão de haver entre elas parentesco.

844 Art. 342 e 343 do Código Civil de 1916.

quase absoluta da paternidade dos membros dessa mesma família. Somando-se tais fatores, é possível concluir que o critério adotado ora negava a filiação às situações consanguíneas, ora a impunha, de forma fictícia, onde não existia o laço de sangue. "Assim, embora a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau – pais e filhos – fosse baseada na consanguinidade, nem sempre era o laço de sangue hábil para firmar o estado de filiação."[845] Visível era a contradição do critério, mas isso não lhe prejudicava a persistência porque estava vinculado à preservação de interesses outros que se sobrepunham aos próprios indivíduos, em vista da manutenção da estrutura social, voltada, por sua vez, para a conservação das entidades familiares matrimoniais em si mesmas consideradas.

Essa conjuntura sociojurídica alcançou, porém, insustentável estágio de simulação da realidade. Foi-se mostrando cada vez mais incoerente e infundada. Um exemplo é suficiente para ilustrar esta assertiva.

A imperiosidade da presunção mostrou-se um disparate extremado na hipótese do filho de mulher já separada de fato, e grávida do seu atual companheiro, ter o vínculo de filiação estabelecido em relação ao ex-marido da mãe. Reitere-se que o afastamento da presunção só era possível diante de fatos inegavelmente avessos e devidamente comprovados. Em regra, portanto, a presunção se impunha a despeito de eventualmente grotesca, como nesse caso.

A revisão do parâmetro jurídico, determinante da filiação, tornou-se urgente. A superação dessa fase, no Brasil, iniciou-se com a Constituição de 1937, a qual equiparou os filhos legítimos – fruto da família matrimonializada – aos naturais – oriundos de pessoas não casadas, mas sem impedimento para tanto. Em 1941, o Decreto-Lei nº 3.200, seguindo a mesma linha, passou a proibir a qualificação do filho na certidão de nascimento, ressalvado pedido de interessado e/ou decisão judicial em contrário. Conseguinte, o Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942, autorizou, por sua vez, o reconhecimento de filho extramatrimonial após o desquite, o que foi, de forma parecida, estendido aos adulterinos pela Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. Já na década de 70, a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, permitiu que o reconhecimento do filho fosse matéria de testamento cerrado, firmado na constância do casamento, compreendendo natureza irrevogável à respectiva cláusula.[846]

Ainda que timidamente, é notório que, com o passar dos tempos, o desenvolvimento legislativo brasileiro, sobretudo infraconstitucional, foi amenizando a situação de preterição em que se encontravam os filhos *não legítimos*. Portanto, é de se reconhecer que o critério fundado na presunção de paternidade do marido foi sendo moderado.

Esse processo sofreu decisiva influência dos consistentes documentos internacionais voltados à proteção efetiva do filho, dentre os quais a Declaração de Genebra, de 1924, e a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959. Em

845 VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 110.

846 WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

superação da ideia que vinculava o filho à situação de seus pais e do entendimento que o resumia a recurso hábil às finalidades institucionais familiares, foi sendo dada maior relevância à *pessoa* do descendente.

Paulatinamente, o filho vai perdendo a qualidade de sujeito *em* questão para alcançar o predicado de sujeito *da* questão, com interesses próprios e superiores; vai deixando a posição periférica para se impor no centro.[847]

O ponto culminante desse processo ocorre com a Constituição Federal de 1988 que, coerentemente à instauração da ordem jurídica voltada a dar importância às situações existenciais, fixa os princípios da igualdade dos filhos e da desvinculação de sua qualidade ao estado civil dos pais.[848] Dispõe taxativamente o artigo 227, § 6º, que "os filhos, *havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção,* terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

Filho, a partir de então, representa termo uníssono, não influindo sequer a origem na sua conceituação e nos seus efeitos. Afasta-se, em última instância, a validade de quaisquer tratos pretensamente discriminatórios, tornando-se inconsistente, com isso, a tradicional distinção baseada na existência ou não de estruturação familiar matrimonial entre os genitores. A partir de então, seguindo esta tendência baseada na atenção voltada à pessoa do filho, o estabelecimento da filiação é definido como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.[849]

Extraído da fixação da qualidade de filho, o estado civil dos pais, restou, ainda que não em caráter isolado, o critério biológico como indicativo da filiação. Este avanço jurídico não extirpou a noção de que a filiação representa o vínculo de ancestralidade – e, pois, de consanguinidade[850] – entre os sujeitos. A reforçar esta manutenção do pressuposto filial, encontra-se o contemporâneo domínio das intervenções tecnológicas médicas. Afinal, este desenvolvimento científico favoreceu, sobremaneira, a aferição da efetiva descendência. Já desligada da

847 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade:* relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 30.

848 BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). *O melhor interesse da criança:* um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 120.

849 Essa é a redação do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

850 Não se desmerece, por esta afirmação, o reconhecimento dos filhos adotivos, cujo vínculo não se funda em laços de sangue. Afinal, esta espécie de filiação não altera a regra. Ao revés, ela é, até então, considerada excepcional. Mais do que isso, inicialmente, foi a única exceção admitida para se constituir a filiação. Quanto ao fato de se formular tal assertiva já considerando o advento do Texto Constitucional, parte-se do pressuposto efetivo de que, por algum tempo, mesmo após a vigência desta nova ordem jurídica, persistiu a consideração do vínculo de filiação calcado no sangue. Sobretudo pela "certeza" trazida, a respeito, pelos recursos científicos. A leitura sistemática da Carta Magna, tendo como resultado a filiação socioafetiva, é recente. "Toda a estrutura do direito para averiguação da paternidade sempre esteve assentada nos laços biológicos da paternidade. Com a evolução do conhecimento científico isto ficou facilitado, já que se pode saber quem é o genitor, pelo método do DNA." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? *In*: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.) *Direito de família e psicanálise:* rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 223).

posição jurídico-familiar dos pais, a filiação passa a se fundar, principalmente, no *vínculo genético*.[851]

Inicialmente, o exame de tipagem sanguínea e o sistema HLA edificaram-se como recursos hábeis a extirpar a existência do vínculo genético entre dois sujeitos. Por meio destes instrumentais, tornou-se possível afirmar que o filho realmente poderia descender fisiologicamente do suposto pai ou, ao revés, que ambos não poderiam ser ligados pelo vínculo filial pautado no parâmetro genético. Não era mais preciso se contentar com aparências que induziam à ancestralidade; a partir de então, tornou-se perfeitamente possível certificar a inexistência ou a probabilidade de existência da relação havida entre gerador e gerado.

Esse contentamento – ou encantamento – pelas tão válidas descobertas científicas alcançou patamar ainda mais elevado quando do surgimento do exame pericial de DNA.[852] Identificada a estrutura genética própria, individualizadora da pessoa, que é formada por genes herdados de seus progenitores, numa sequência peculiar, a possibilidade de se determinar se há ou não relação de filiação entre eles atinge uma margem de segurança de 99,999999%. Em termos genéticos e, pois, para fixação do vínculo filial, o melhor recurso passa a ser o exame do ácido desoxirribonucleico:

> O surgimento do exame do DNA revolucionou o Direito e, sem dúvida, representa a contribuição mais espetacular conhecida neste meio desde a descoberta das impressões digitais e dos grupos sanguíneos. [...] A 'rainha das provas' suplantou todas as perícias hematológicas empregadas até então no debate judiciário civil e penal; o desenvolvimento da genética na última década abriu novos horizontes para a pesquisa científica, para as intervenções no campo biomédico e no campo das práticas jurídicas, que nos interessa mais particularmente.[853]

Compreendendo a perícia do DNA o mais alto grau de importância probatória, porque incisiva, aniquilou imediatamente a valia dos demais instrumentos médicos para tanto dispostos. Já que passa a existir recurso capaz de instituir, com garantia quase absoluta, a decorrência genética de um ser em relação ao outro, efetivamente,

---

851 "A filiação constitui, portanto, um vínculo jurídico com natureza própria, que não mais se contém no casamento ou fora dele, já que se estabelece, insista-se, em decorrência do fato natural da procriação." (BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). *O melhor interesse da criança:* um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 119-120).

852 Deoxyribonucleic Acid (DNA – em inglês) ou Ácido Desoxirribonucleico (ADN – em português).

853 LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame do DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Repertório de doutrina sobre direito de família.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 191-192. No mesmo sentido: "O exame de DNA do ser humano permite à ciência estabelecer, com precisão quase absoluta, a origem genética de uma pessoa. Pai e mãe deixaram de ser somente estabelecidos juridicamente para serem revelados pelo laudo. Os filhos podem buscar nos laboratórios suas origens genéticas." (CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 504).

perde sentido se valer de outros meios menos certeiros. Imensamente simplificada, assim, mostra-se a busca pela paternidade.

Tal fato adquire ainda mais estima quando atrelado à determinação de investigação oficiosa da paternidade, instaurada pela Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, em seu artigo 2º. Nos moldes da referida legislação ordinária, por ser a filiação direito fundamental personalíssimo e indisponível, indiferente à vontade da genitora, em todo caso em que a criança seja registrada sem menção ao nome do pai, impõe-se a necessidade de se pesquisar e, enfim, estabelecer o respectivo vínculo paterno-filial, que não o foi espontaneamente. Com isso, multiplicadas foram as ações judiciais com este objeto e, correlativamente, as declarações de paternidade, graças à simplificação técnica[854] do procedimento de verificação do vínculo genético.[855]

A importância desse critério é confirmada quando se admite, em algumas hipóteses, até mesmo a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. No RE nº 363889, o STF, por unanimidade, reconheceu a presença de repercussão geral na discussão acerca da incidência dos artigos 5º, incisos XXXVI e LXXIV e 227, § 6º, ambos da Constituição Federal, aos casos de ação de paternidade julgada improcedente por falta de condições materiais para a realização da prova. No que tange ao julgamento, o Tribunal, por maioria (7 a 2), deu provimento aos recursos, e concedeu a um jovem de Brasília o direito de voltar a pleitear de seu suposto pai a realização de exame de DNA, depois que um primeiro processo de investigação de paternidade foi extinto na Justiça de primeira instância do Distrito Federal. À época, o caso foi encerrado por falta de provas, pois a mãe do então menor não tinha condições de custear o exame.

Esse panorama sociojurídico, embora a princípio possa ser compreendido favorável, por meio de uma análise mais cuidadosa pode ter sua extremada valia, no mínimo, questionada. Afinal, a despeito de se instaurarem vários liames parentais, a grande maioria deles se mostra totalmente desatrelada da real volitiva paterna, nada mais representando aos filhos além de uma certidão de nascimento completa ou, quando muito, o pagamento de uma pensão alimentícia ou eventuais direitos sucessórios. "O apelo à transcendência do conteúdo biológico da paternidade se manifesta também, sutil e expressivo, quando os liames do sangue parecem insuficientes a assumir um relacionamento mais profundo entre pais e filhos."[856]

---

854 Toma-se o cuidado de restringir a alegada simplificação procedimental *em termos tecnológicos* exatamente porque não se pode desmerecer a questão do acesso a tais expedientes. Àqueles desprovidos de recursos financeiros para arcar com os custos referentes, resta aguardar a oportunidade de submeter-se à perícia concedida gratuitamente pelo Estado. Nessa hipótese, porém, a espera pode ser longa e, consequentemente, atrasado o estabelecimento da paternidade.

855 Nesse ponto, vale lembrar a calorosa discussão acerca da supremacia instrutória do exame de DNA em desmerecimento às demais provas e, pois, ofensa ao princípio processual da livre persuasão. Embora não se possa efetivamente enfrentar o assunto no presente trabalho – sob pena de perder o foco – conveniente sugerir a leitura do seguinte texto: ALMEIDA, Maria Christina de. Prova do DNA: uma evidência absoluta? *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 1, n. 2, p. 143-149, jul./set. 1999.

856 VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 71, p. 45-51, jul./set. 1980, p. 49.

Em outras palavras, interrogável passa a ser a validade deste vínculo paterno-filial que se apresenta impotente de gerar uma verdadeira relação entre os envolvidos. Estes, com muita frequência, não se tornam efetivos parentes, mas permanecem como estranhos:

> Sem dúvida, as conquistas científicas decorrentes das pesquisas do DNA convocaram os pais a uma efetiva responsabilidade em relação aos filhos, impondo-lhes as obrigações materiais decorrentes do pátrio poder. No entanto, é premente a sua participação no desenvolvimento dos filhos nas várias etapas de sua formação. A psicologia nos informa, cada dia, as dolorosas consequências decorrentes do abandono moral e psicológico no âmbito familiar.[857]

Paralelamente, a estas razões invocadas para debater a plausibilidade da descendência baseada no mero vínculo genético, deve-se somar o desenvolvimento científico aplicado no âmbito reprodutivo, em especial no que tange às técnicas médicas conceptivas.

Um dos primeiros e principais efeitos gerados pela apreensão médica do fenômeno da reprodução foi a dissociação deste em face da sexualidade. A inicial – e talvez primaz – implicação científica foi demonstrar que reproduzir não é decorrência inafastável das relações sexuais. A reprodução consiste em evento perfeitamente passível de controle. A sexualidade, então, pode ser usada por si só, não se resumindo a meio hábil ao alcance da procriação pretendida. Este objetivo não condiciona a utilização da sexualidade.

Tais conclusões são corroboradas pelo advento dos recursos farmacêuticos contraceptivos. Por meio deles, fica suspenso o processo de concretização da fertilização feminina e, assim, depreciada a potencialidade reprodutiva. Torna-se possível valer-se da sexualidade ausente do risco de alcançar a gravidez sem a pretender. Da mesma forma, desenvolvidas, em momento posterior, as técnicas médicas interventivas com o fito de promover o estado gravídico, também passa a ser executável a reprodução sem o enlace sexual.

É neste ponto que ganha sede a discussão sobre o estabelecimento do vínculo de filiação. “A possibilidade de obter a gratificação sexual sem os riscos da gravidez e, já agora, a possibilidade inversa, de promover a reprodução sem atividade sexual, com a fecundação *in vitro*, tenderão a fazer da paternidade rigorosamente um ato de opção.”[858]

---

857 PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança:* um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 51-52.

858 VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 71, p. 45-51, jul./set. 1980, p. 49.

Dentre as variadas tecnologias conceptivas, as qualificadas de heterólogas[859] e as que envolvem a maternidade sub-rogada[860] são as que mais incisivamente desarranjam o sistema de fixação do vínculo filial. As primeiras porque, envolvendo doação de gametas – feminino ou masculino –, geram a incompatibilidade entre o(a) genitor(a) e aquele(a) que promoverá a criação do rebento.[861] As segundas porque afrontam diretamente uma das regras cridas inabaláveis, qual seja a de que a mãe é sempre certa[862]. Afinal, a gestante se difere da mulher que cuidará do filho assim que nascido.

Notável observação crítica acerca deste fato é a de Jacqueline Costa-Lascoux:

> A procriação medicamente assistida perturba valores, crenças e representações que alguns julgam intocáveis. Ela dissocia a sexualidade da reprodução, a concepção da filiação, a filiação biológica dos traços afectivos e educativos, a mãe biológica

---

859 A classificação das técnicas de reprodução assistida pode ser feita quanto ao gameta a ser utilizado: a reprodução será homóloga quando o sêmen e o óvulo utilizados para a realização da técnica reprodutiva forem do casal e heteróloga quando o sêmen e/ou o óvulo utilizado for de um terceiro.

860 Essa técnica é erroneamente conhecida como *barriga de aluguel*, termo inadequado, pois no Brasil não pode haver relação comercial nesse tipo de tratamento. A maternidade sub-rogada, também conhecida como útero de substituição, é indicada para pacientes que retiraram o útero (histerectomia), nasceram sem útero ou vagina ou que apresentam alterações importantes da cavidade uterina.

861 "[...] a diferença do que sucede na coabitação carnal, em que pela própria natureza do ato sexual *pai e progenitor* são conceitos simultâneos, coincidentes, sem que possa dissociar ambos; não obstante, na reprodução humana assistida, paternidade e progenitura, como regra geral não são conceitos que hão de entender-se homonimamente, resultando que não têm porque ser necessariamente o mesmo; senão que excetuando o caso da *autoinseminação* na qual a titularidade do sêmen corresponde ao esposo e/ou convivente membro do par afetado pelo problema de impotência *coeundi* que não *generandi*; nos restantes supostos, ocorre que quem formalmente aparece na posição de estado de pai (jurídica ou naturalmente falando) não é, sem embargo, por sua vez, genética ou biologicamente seu progenitor para falar com propriedade *ut verum dicam*." (tradução nossa) "la diferencia de lo que sucede en la cohabitación carnal, en la que por la propia naturaleza de lacto sexual *padre y progenitor* son conceptos simultáneos, coincidentes, sin que quepa disociar ambos; no obstante en la reproducción humana asistida paternidad y progenitura, como regla general no son conceptos que han de entenderse homónimamente, resultando que no tienen por qué ser necesariamente lo mismo; sino exceptuando el caso de la *autoinseminación* en la que la titularidad del semen coresponde al esposo y/o convivente miembro de la pareja afectada o el problema de la impotencia *coeundi* que no *generandi*; em los restantes supuestos, ocurre que quien formalmente aparece en la posición de estado de padre (jurídica u registralmente hablando) no es la sin embargo a su vez genética o biologicamente su progenitor para hablar con propriedad *ut verum dicam*." (YAGÜE, Francisco Lledó. Breve discurso sobre bioetica y derecho: la revolución biogenética versus situación familiar. *Estudos de Deusto: Revisa de la Universidad de Deusto,* v. 34, n. 77, p. 341-367, jul./dic. 1986).

862 A gestação de substituição tornou relativa a afirmação de que a maternidade é sempre certa, que tinha como base a certeza do parto, o ato de dar à luz. Antes de ser possível a cessão temporária do útero, não era incorreto afirmar que uma vez realizado o parto, não se poderia negar à gestante a maternidade. Contudo, eis que é possível dar à luz a uma criança concebida com material genético alheio, em solidariedade ao casal ou à pessoa que deseja ter um filho, o que torna relativa a expressão *mater semper certa est*, pela qual a maternidade é sempre certa. (OLIVEIRA, Aluisio Santos de. *Útero de substituição: a autonomia privada e o direito ao corpo*. 2014. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2014. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_OliveiraAS_1.pdf. Acesso em 11 out. 2020.)

> da mãe portadora e da mãe educadora. Qual é, doravante, a imagem da mulher medicamente assistida, da criança enquanto fruto da ciência, do pai social que não pode aspirar a ser pai biológico? Que acontece aos laços da filiação, às relações entre as gerações, à dupla referência parental masculina e feminina?[863]

Além de questionável pela incapacidade de promover a proximidade dos sujeitos relacionados, embora considerado essencial, o requisito meramente biológico do estabelecimento da filiação mostra-se realmente precário para apreender essas novas ocorrências sociais, derivadas do avanço médico. Não vingam mais equivalências entre o sujeito que contribui com o material genético e o que se dispõe a criar o novo ser. Logo, parece certo de que o critério, novamente, há de ser revisto.

Para proceder a esta reconsideração, pensa-se não ser necessário partir da impressão de carência de um pressuposto viável para a filiação. Ao contrário, o próprio contexto social que exige a análise já indica uma direção. Examinando-se, cautelosamente, estas duas inferências que sugerem a perda de validade do critério biológico isolado, apreende-se que ambas concentram um fator comum latente.

Perceba-se que a crítica feita à suficiência da declaração oficiosa da paternidade – o que serviria também para a maternidade diante do novo contexto – pautou-se no seu caráter *impositivo*, oposto à espontaneidade. Já quanto às técnicas conceptivas, como desenvolvidas e disponíveis, sublinhou-se, como louvável aspecto, a *escolha* que passa a ser cerne na busca da procriação. Acusada a imposição e admirado o caráter voluntário, pode-se sugerir como um plausível critério de fixação do vínculo parental a deliberada opção. Tornar-se pai ou mãe, fazendo-se da outra pessoa seu filho ou sua filha, nada mais é que uma livre decisão:[864]

> [...] podemos notar que o vínculo parental é fruto da liberdade, na qual a autonomia da vontade possui papel relevante. Noutras palavras, a filiação não é mero determinismo biológico, mas verdadeira opção resultante da manifestação espontânea, responsável e consciente de vontade.[865]

---

863 COSTA-LASCOUX, Jacqueline. Procriação e bioética. *In*: DUBY, Georges; Perrot, Michelle (Org.). *História das mulheres no ocidente.* Madri: Afrontamento, 1991, p. 637-638.

864 "Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é. [...] Um ser com todos os vícios e crimes, mas que aceite verdadeiramente a paternidade, é preferível aquele que a recuse, ornado embora de todos os méritos e virtudes, se se tomar como critério o bem da criança." (VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 71, p. 45-51, jul./set. 1980, p. 50). No mesmo sentido: "É fundamental considerar, no âmbito da parentalidade-filiação decorrente das técnicas de reprodução assistida, a vontade como elemento essencial para o fim de se admitir o estabelecimento do vínculo de paternidade-filiação e de maternidade-filiação." (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação:* o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida homóloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 693).

865 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 301.

Nessa espontaneidade, encontra-se a afetividade. A pretensão de ser pai ou mãe incute na relação firmada com o filho a qualidade eudemonista. O amor, a ternura e a dedicação impõem-se como pressupostos da filiação extremamente válidos. Superando-se o vínculo estanque, simplesmente posto, oriundo do parâmetro biológico avulso, os aspectos da voluntariedade e do afeto surgem bem mais adequados ao estabelecimento da relação filial. Afinal, têm o condão de melhor viabilizar a promoção pessoal dos envolvidos, sua formação, seu desenvolvimento.

Estrutura-se, dessa forma, a filiação *socioafetiva*, cuja principal virtude consiste, pois, em ser cotidianamente construída, dando-se atenção aos sujeitos relacionados, suas carências, peculiaridades, seus desejos e projetos. “Note-se que a verdade biológica impõe a paternidade, mas a verdade sociológica a constrói, paulatinamente. E a construção sempre foi mais saudável que a imposição.”[866] A real filiação, de acordo com este entendimento, é derivada não do material genético fornecido, mas da consideração intencional do vínculo havido e da sua decorrente afeição característica.

“A nova tutela privilegia a companhia, o cuidado, a <u>relação familiar</u>.”[867] Efetivamente, é de se admitir que, inerente à relação filial, nesses termos formulada, encontra-se o propósito de constituir família. Ainda que a filiação não seja pressuposto da família, pode lhe dar ensejo ou, mesmo, a esta equivaler. Lembre-se de que a monoparentalidade é espécie de família essencialmente estruturada a partir do vínculo parental em geral e especialmente da relação paterno ou materno-filial.

Nessa feita, também em acompanhamento às superações que a própria família veio alcançando e a releitura constitucional em promoção, com atenção nas situações existenciais, na pessoa humana como diretriz interpretativa, o parâmetro biológico da filiação não poderia perdurar intacto. A verdade socioafetiva, portanto, em desenvolvimento, impõe-se de maneira extremamente coerente.

Atento a esta variedade de fatores que provocaram a construção do critério eudemonista, como identificador da filiação, manifesta-se conclusivamente João Baptista Villela:

> As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Tanto mais quanto é certo que esse movimento evolutivo, transportando a família de uma idade institucionalista para uma idade eudemonista, ocorre em período de extraordinária floração da tecnologia biomédica. O controle da natalidade, tornado possível graças ao melhor conhecimento da fisiologia da reprodução, permitiu separar a atividade sexual do fenômeno procriativo. O impacto dessa ruptura sobre as ciências do comportamento talvez só encontre equivalente,

866 QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade:* aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 49.

867 SILVA, Marcos Alves da. De filho para pai: uma releitura da relação paterno-filial a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista brasileira de direito de família.* n. 06. jul./set. 2000. Porto Alegre: Síntese, p. 28, grifo nosso.

> dentro da cultura contemporânea, ao produzido pela fissão nuclear nas ciências da natureza.[868]

Parta-se da pessoa, de sua dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade. Some-se a isso o entendimento de família como ambiente propício à formação pessoal de seus membros. Como produto, a filiação não pode escapar do critério existencial e, assim, realmente há que ser vista como um viável instrumento de realização das pessoas que, por meio dela, se vinculam. Sob esse parâmetro, é mesmo indiferente a existência, ou não, de um vínculo genético.

Tudo isso faz ainda mais sentido quando se releva a peculiaridade da criança e do adolescente. Definidas como *pessoas em desenvolvimento*,[869] requerem tutela ainda mais contundente, em termos existenciais. Se todos têm o direito de se desenvolverem livremente, necessitando, para tanto, de suficientes condições, as crianças e os adolescentes o têm com vigor ainda maior. Nesses moldes, é perfeitamente legítimo o novo sentido *socioafetivo* da filiação.

### 11.1.1 Critério jurídico de filiação segundo o Código Civil

As presunções de paternidade – equivalentes ao critério jurídico de filiação – estão elencadas no artigo 1.597 do Código Civil atual. O conjunto é composto por situações já invocadas no diploma civilista anterior – e, nesta medida, ainda demonstrativas do elo entre reprodução, sexualidade e fidelidade – e por situações até então imprevistas, relacionadas com a recente medicalização do processo reprodutivo.

Antes de enfrentar as hipóteses propriamente ditas é preciso resolver uma prévia dúvida. O *caput* do artigo 1.597 é taxativo ao determinar que as presunções se aplicam na relação matrimonial; é dizer, "presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos [...]." Diante dessa prescrição, um questionamento é mesmo inevitável: aplica-se este critério jurídico de filiação à união estável?

Ao se atentar para o artigo imediatamente anterior do Código Civil (art. 1.596) que praticamente retrata – e com isso remete a – o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, talvez a resposta deva ser afirmativa. Afinal, se não é permitida qualquer designação discriminatória relativa à filiação, parece razoável estender em favor dos filhos dos companheiros também as hipóteses de presunção de paternidade. Porém, o casamento e a união estável, enquanto espécies de entidade familiar, hão de ser igualmente disciplinados, *naquilo que as suas diferenças permitirem*. E é aí que a aplicação extensiva da norma se problematiza.

Algumas situações em que se aplica a presunção pressupõem a prévia certificação jurídica da existência da relação conjugal, e isso só está presente, em princípio, no casamento. Apenas este, porque inaugurado pelo Direito, compreende uma prova pré-constituída, qual seja a certidão de casamento. Ao revés, a união

---

868 VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 71, p. 45-51, jul./set. 1980, p. 49.

869 Art. 6º*, in fine,* do Estatuto da Criança e do Adolescente.

estável representa uma situação fática que escapa de qualquer controle jurídico prévio, o que provoca algum comprometimento de aplicação das presunções de paternidade – como se tentará explicar no estudo de cada hipótese a seguir.

Nesse sentido, é preciso admitir que, embora a pressuposta existência de relações sexuais exclusivas – motivo determinante de alguns tipos de presunção – seja aplicável tanto ao casamento quanto à união estável, a carência de um instrumento jurídico constitutivo desta prejudica certa inferência da paternidade. A despeito disso, para Paulo Lôbo, "dificuldades de ordem prática não podem ser obstáculos à aquisição de direito, pois faria a paternidade dependente de reconhecimento voluntário e judicial, o que negaria aplicabilidade aos efeitos parentais decorrentes da união estável [...]."[870]

De fato, a inaplicabilidade das presunções ao companheirismo resumiria o estabelecimento do vínculo paterno-filial à espontaneidade do pai em reconhecer esta qualidade e, na falta desta, à compulsória declaração judicial. De fato, também, isso poderia representar o estabelecimento de dificuldades maiores a esses filhos, distintivamente aos matrimoniais. Todavia, ainda se crê ser esta uma solução mais segura, se comparada à fragilidade do registro de nascimento sem documento comprobatório hábil da união estável que pode provocar, inclusive, um falso assento de nascimento.

Essa forma de pensar, todavia, precisa ser atualizada a partir da Lei nº 14.382, de 22 de junho de 2022, que alterou alguns importantes dispositivos da Lei de Registros Públicos. O novo artigo 94-A da Lei nº 6.015/73 autoriza que seja registrada nos assentos de nascimento do casal a existência de união estável entre eles, por meio da apresentação e arquivo da sentença, do termo ou da escritura pública declaratórios. A medida permitida assegura, então, importante publicidade do vínculo de companheirismo havido e, nesse ponto, muito aproxima a situação à do matrimônio. Dessa maneira, torna desarrazoado insistir em afastar a aplicação da presunção de paternidade, nesses casos. Noutros termos, se a gravidez advier durante a vigência de uma relação de união estável previamente registrada, no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, vale para a hipótese todas as presunções de vínculo filial baseadas na certificação da relação conjugal.

A regra geral das presunções, quanto à concepção natural, é de que todos os filhos havidos durante o casamento têm por pai o marido da gestante. Ela é o resultado, tradicionalmente assentado, do cruzamento dos deveres matrimoniais de coabitação e fidelidade recíproca.

Essa regra, porém, pode não bastar em algumas situações limite, como o nascimento posterior a apenas seis meses do início do matrimônio ou em até dez meses do fim dele. O primeiro caso sugere que a concepção se deu antes do casamento e que, assim, outro possa ser o pai. O segundo caso também levaria à mesma conclusão porque sugere ter sido o filho concebido quando o casal já não se encontrava mais casado. Para extirpar tais dúvidas e garantir paternidade ao filho, o legislador – desde o Código Civil de 1916 até o atual – alargou a regra da concepção

870 LÔBO, Paulo. *Direito civil:* volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*

matrimonial a tais situações extremas. Com isso, a própria mãe pode, dirigindo-se ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, ou na própria maternidade[871], quando esta estiver interligada ao sistema de Registro Civil, providenciar o assento do nascimento do seu filho, fazendo constar como pai, mediante apresentação da certidão de casamento (mesmo com a averbação da invalidade ou da separação), seu atual (no caso do inciso I do artigo 1.597) ou ex-marido (no caso do inciso II do artigo 1.597).

Perceba-se, no entanto, que essas situações em que se aplica o critério jurídico de filiação têm sua configuração prejudicada em se tratando de união estável informal, ou seja, não registrada nos termos do art. 94-A da Lei nº 6.015/73. Como esta família não possui um termo inicial ou final certificado, difícil definir até os lapsos temporais de seis meses anteriores e dez meses posteriores, dentro dos quais a presunção se aplica. Logo, não cabe falar em emprego dos incisos I e II do artigo 1.597 ao companheirismo informal.

Essa filiação jurídica, instalada pelas presunções de vínculo biológico oriundo do encontro sexual dos pais, pode ser refutada por qualquer deles. Se o marido comprovar, por exemplo, sua incapacidade reprodutiva, existente ao tempo da concepção, pode ser desconstituído pai. Para o mesmo resultado, porém, não bastará que a mãe confesse seu adultério. É o que determinam, respectivamente, os artigos 1.599, 1.600 e 1.602 do Código Civil.

De todo modo, qualquer que seja o motivo a justificar a contestação da paternidade, ela poderá ser feita em ação própria, a qualquer tempo. Trata-se de direito imprescritível, em igualdade de condições ao direito do filho de investigar a identidade do seu pai. Todavia, como personalíssimo, o direito à ação negatória há de ser exercido necessariamente pelo marido – pai registral –, ainda que se autorize a continuidade do pleito pelos seus sucessores, em caso de sua morte. Se falecer sem o ter feito, não poderão fazê-lo esses.[872]

As demais presunções de paternidade hoje existentes (incisos III a V do artigo 1.597) se aplicam à concepção artificialmente realizada e abrangem tanto a modalidade homóloga quanto a heteróloga. Será homóloga quando o sêmen e o óvulo utilizados para a realização da técnica reprodutiva forem do próprio casal que se constituirá por pai e mãe. Será heteróloga, por sua vez, quando o sêmen e/ou o óvulo utilizado for de um terceiro.

---

871 O Provimento nº 13, de 03 de setembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a emissão de certidão de nascimento nos estabelecimentos de saúde que realizam partos. Para tanto, serão implantadas Unidades Interligadas mediante convênio firmado entre o estabelecimento de saúde e os registradores da cidade ou distrito onde estiver localizado o estabelecimento.

872 Código Civil.

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

Quanto à reprodução artificial homóloga, a utilidade do critério jurídico de maternidade e paternidade é simplesmente de reforço. Afinal, como os materiais genéticos utilizados na concepção são dos pretensos pais, verifica-se, já por isso, um elo biológico entre eles e a criança a nascer. Isso não retira, porém, a importância dessa certificação legal extra. Afinal, na reprodução medicamente assistida, a descendência genética não é o fator determinante – tanto assim que existem as técnicas heterólogas. Quem se vale dessa alternativa quer se ver constituído pai e mãe por opção volitiva, possa para tanto também colaborar biologicamente, ou não. Logo, a serventia da presunção nos casos em que haja, igualmente, o vínculo genético é sublinhar que a qualidade de pai ou mãe advém da autônoma vontade pessoal que, uma vez declarada, vincula juridicamente, sendo restritas as possibilidades de renúncias ou desistências posteriores.

A hipótese do inciso III do artigo 1.597 versa sobre a reprodução *post mortem.* Consiste na circunstância de o cônjuge supérstite ter implantado o embrião – fecundado com material próprio e do marido falecido – somente em momento ulterior à morte do genitor e futuro pai. Como já se destacou, o fator determinante do surgimento da filiação, neste caso, é o consentimento e, assim, torna-se preciso que o *de cujus*, a se instituir pai, tenha deixado autorização expressa para realização da providência implantatória mesmo após seu óbito. Consentâneo a isso, também se vem entendendo que a mulher somente pode engravidar com o material deixado, criando a paternidade do morto, se ainda mantiver seu estado de viuvez, não tendo constituído qualquer outra família com terceiro.

Este é o parâmetro hermenêutico definido no Enunciado 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte."

Igualmente, o recurso à reprodução assistida póstuma pelo viúvo ou pelo companheiro sobrevivente requer o consentimento prévio da esposa ou companheira, cujo material genético criopreservado poderá ser utilizado por meio de maternidade de substituição. Esta possibilidade, inclusive, foi discutida na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, tendo sido aprovado o Enunciado de número 633: "Art. 1.597. É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma – por meio da maternidade de substituição, desde que haja o expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira."

O Conselho Federal de Medicina, da mesma forma, ao estabelecer normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, por meio da Resolução 2.294/2021, reforça a necessidade do consentimento ao condicionar a reprodução *post mortem* à autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado (item VIII da referida Resolução do CFM).

Quanto à presunção de paternidade dos embriões excedentários (inciso IV do artigo 1.597), também oriundos da reprodução homóloga, a mesma preocupação

deve-se ter – embora sua solução seja facilitada pelo fato de o genitor, e pretenso pai, ainda estar vivo. O estabelecimento da paternidade, também nesse caso, há de derivar de uma específica autorização do genitor. É preciso que ele concorde com a implantação dos embriões restantes e não utilizados à época inicial do procedimento para que o sistema jurídico possa presumi-lo pai.

Refere-se este inciso IV a situações especiais em que o consentimento original de submissão do casal à reprodução medicamente assistida não seja suficiente por alterações do estado pessoal dos envolvidos. É o caso, por exemplo, de o casal agora se encontrar separado ou divorciado. Assim, ficou assentado no Enunciado 107, aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.597 deste Código, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.”

Ainda sob o paradigma de ser a vontade dos futuros pais o requisito elementar para estabelecimento de filiação derivada da reprodução medicamente assistida, estabelece-se presunção de paternidade do marido da mãe – e, por força da igualdade constitucional, de maternidade da esposa do genitor – que, embora não tenha geneticamente contribuído para a concepção, consentiu que ela se desse com sêmen – e/ou óvulo – alheio. Na reprodução heteróloga, igualmente, a presunção se direciona em relação àquele que consentiu com a técnica, mesmo sem participação de material biológico próprio. É o que impõe o inciso V do artigo 1.597.

Em todos esses casos de reprodução assistida, o instrumento hábil para a emissão de vontade, fixadora do elo filial, é o denominado termo de consentimento livre e esclarecido. Termo de consentimento livre e esclarecido é, de maneira simplificada, o documento assinado pelos futuros pais no qual declaram conhecer o procedimento procriativo artificial ao qual vão se submeter – seus riscos, custos e as intervenções médicas e farmacológicas que abrangem – e as responsabilidades daí oriundas. Uma vez concedido, somente pode ser revogado, expressamente, até a efetiva concepção e implantação embrionária ou, presumidamente, com a morte do declarante. Após obtida a implantação, a vontade será irretratável e o vínculo de filiação uma consequência inevitável.

Sobre essas três últimas hipóteses do critério jurídico de filiação, ainda resta analisar a viabilidade de seu alcance às relações de companheirismo. Pensa-se ser possível considerar, nestes casos, que a falta do instrumento jurídico comprobatório da união estável é irrelevante porque a paternidade ou maternidade derivam, em verdade, da explicitada autonomia do casal. Logo, é viável aplicá-las também aos companheiros.

Ainda em matéria de presunção de filiação, cabe ressaltar inovação inaugurada, legislativamente, pelo Código Civil atual. Havendo recusa de submissão ao exame pericial médico – geralmente DNA –, é autorizado presumir-se pai, ou mãe, o resistente que alegue inexistente a paternidade ou maternidade.[873] Esta é a

873 Esta regra teve como pano de fundo uma ampla discussão acerca da viabilidade de forçar

regra extraída da interpretação conjugada dos artigos 231 e 232 do diploma civilista em vigor. Como ninguém pode aproveitar-se da prova não realizada por sua própria rejeição, e como a recusa supre a comprovação pretendida, o, até então, suposto pai ou a suposta mãe serão assim confirmados.[874]

Este é o posicionamento que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou, pela Súmula 301, datada de 18 de outubro de 2004, que assim prevê: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *iuris tantum* de paternidade."[875]

A confirmação da relação filial, extraída do ato de resistência à perícia, é relativa. Isso equivale a dizer que pode ser refutada por outros meios de prova apresentados pelo pai ou mãe resistente. A hipótese não afasta a regra geral de que a decisão judicial deve atentar a todo o conjunto probatório, não sendo conveniente apegar-se apenas à presunção em desmerecimento das demais certificações contidas nos autos.[876]

A prova por presunção também se aplica na situação inversa. Se o filho for quem se negar a realizar o exame, está autorizado o magistrado a, igualmente, entender verdadeira a defesa do possível pai ou da possível mãe. Se alegarem não haver filiação, a presunção será assim interpretada; se alegarem que a filiação existe, neste sentido é que se presumirá. A recusa supre a prova pretendida em prejuízo do recusante. Logo, nem sempre a presunção será no sentido de confirmar a filiação; pode afastá-la. O Superior Tribunal de Justiça, em 21 de maio de 2009, emitiu decisão que contemplou, exatamente, a aplicação da presunção para negar a paternidade.[877]

---

o pai a submeter-se ao exame de DNA, mesmo contra sua vontade. O que se punha em pauta era o conflito entre a integridade física do recusante – talvez ofendida pela compulsória extração do material para análise pericial – e o direito de identidade social e genética do filho em ver reconhecida sua ascendência – provavelmente violado se a recusa fosse autorizada. A respeito, vale conferir o seguinte trabalho: MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 343, p. 157-168, 1998.

874 A Lei nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade, alterada pelas Leis nº 12.004/09 e nº 14.138/21 prescreve: "Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. §1°. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório."

875 Em crítica a esse pensamento: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ. *Revista Jurídica,* Porto Alegre, n. 339, p. 45-56, jan. 2006.

876 Sobre o assunto, indica-se a leitura de: VELOSO, Zeno. Um caso em que a recusa ao exame de DNA não presume a paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 4, n. 14, p. 51-70, jul./set. 2002.

877 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NÃO INCIDENTE NA HIPÓTESE. RECUSA REITERADA DA MÃE A SUBMETER O MENOR A EXAME GENÉTICO. QUADRO PROBATÓRIO. EXISTÊNCIA DE LAUDO NOS AUTOS NEGANDO A PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE AS PARTES. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. FILIAÇÃO AFETIVA NÃO CONFIGURADA. ESTADO DE FILIAÇÃO. DIREITO PERSONALÍSSIMO. 1. A presunção de paternidade prevista no art. 1597 do Código Civil não é aplicável à espécie, porquanto esta vige nos casos em que a criança nasce depois de 180 dias do início da convivência conjugal. Na espécie, a criança foi gerada um mês após o matrimônio. 2. A persistente recusa ao exame pericial perpetrada

Ainda em relação à presunção, mais recentemente, em 2021, a Lei nº 8.560/92 foi alterada, nesse ponto, passando a prever no §2° do artigo 2°-A:

> Se o suposto pai houver falecido ou não existir notícia de seu paradeiro, o juiz determinará, a expensas do autor da ação, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais

---

pela mãe da criança, conjugado à existência de um laudo nos autos atestando a ausência de vínculo de parentesco entre as partes, somado, ainda, à conduta do autor, se dispondo a realizar por diversas vezes novo teste genético em juízo e à ausência de prova testemunhal em sentido diverso, dá ensejo a que seja reconhecido o alegado maltrato ao art. 232 do Código Civil. 3. É preciso advertir que não se está a dizer que a simples recusa da mãe à submissão do menor ao exame de DNA faz presumir a inexistência de vínculo filial. 4. Não há, a princípio, vínculo entre as partes suficiente a configurar, mesmo que fosse, a filiação afetiva, definida pela estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho. 5. A manutenção de um vínculo de paternidade a toda força impede a criança de conhecer seu verdadeiro estado de filiação, direito personalíssimo, nos termos do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 6. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 786.312/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 21/09/2009).

Anos depois, o STJ analisou outra demanda em que a genitora se recusava a consentir com o exame de DNA em sua filha. No trecho da decisão do REsp 1508671/MG, o STJ realçou que não seria aplicável a presunção de paternidade prevista na Súmula nº. 301 de sua Jurisprudência e, considerando que o pai registral fora induzido em erro, não tendo sequer estabelecido vínculo de afetividade com a criança, decidiu a favor da desconstituição do registro:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. 1. PREFACIAL. PAI REGISTRAL INTERDITADO. DEMANDA AJUIZADA POR CURADOR. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO PATER IS EST, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÃO DE AFETO ESTABELECIDA ENTRE PAI E FILHO REGISTRAIS CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. GENITORA QUE SE RECUSA A REALIZAR O EXAME DE DNA NA FILHA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES E DAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O curador atua como representante processual do titular do direito material, não podendo ser confundido com o substituto processual. O fundamento de que o curador não possui legitimidade para ajuizar a ação de impugnação de registro não prospera, pois não é parte da demanda, mas atua em juízo para suprir a incapacidade processual do pai registral interditado. 2. É possível a desconstituição do registro quando a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da união estável estabelecida com a genitora da criança, acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), sem estabelecer vínculo de afetividade com a infante. Não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. A filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. A socioafetividade se consolidaria caso o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico da requerida, mantivesse com esta, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava. 3. Nas situações em que a genitora é quem se recusa a realizar o exame de DNA na filha, não é aplicável o enunciado n. 301 da Súmula de Jurisprudência do STJ. Controvérsia que deve ser solucionada a partir da ponderação dos melhores interesses da descendente, levando-se em consideração a eficácia probatória da negativa da mãe, de acordo com as demais provas dos autos, já que inadmissível a produção compulsória do exame. Diante das peculiaridades do caso, notadamente em face da comprovação da inexistência da afetividade paterno-filial e da ausência de interesse em construí-la, impositiva a desconstituição do registro. 4. Recurso especial desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1508671/MG*, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016)

próximo aos mais distantes, importando a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Por fim, vale destacar que, em 30 de outubro de 2019, foi apresentado o Projeto de Lei nº 5.768/2018, de autoria do Deputado Federal Afonso Antunes da Motta. Referido projeto visava acrescentar os artigos 1.597-A e 1.597-B ao Código Civil para reconhecer a presunção de maternidade da gestante, como regra geral, e para autorizar a gestação de substituição gratuita para os casos em que houvesse comprovado impedimento ou nos quais fosse contraindicada a gestação na doadora genética.[878] O referido projeto, todavia foi apensado ao Projeto de Lei nº 1.184/2003, que pretende dispor sobre Reprodução Assistida.

## 11.1.2. Critério socioafetivo de filiação e posse de estado paterno ou materno-filial: sutil distinção

Praticamente toda explicação que se faz do critério socioafetivo de filiação vem agregada ao que se convencionou chamar de posse de estado de filho, que já há mais tempo é conhecida e trabalhada doutrinariamente.[879] No entanto, ousando divergir do grande grupo de juristas que assim se posicionam, não se crê possível fazer uma equivalência dos conceitos, embora sua interligação seja incontestável.

878 Projeto de Lei nº 5.768/2019 (de autoria do Deputado Federal Afonso Motta)
Art. 1º Acrescenta dispositivos à lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para estabelecer as hipóteses de presunção de maternidade pela gestação na utilização de técnicas de reprodução assistida e autoriza a gestão de substituição.
Art. 2º Acrescenta-se os artigos 1.597-A e 1.597-B à lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002:
“Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação.
Parágrafo único. Nos casos de utilização de técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em
favor daquela que forneceu o material genético ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de
reprodução assistida heteróloga.
Art. 1.597-B. Fica autorizada a gestação de substituição.
§1º Gestão de substituição é a técnica de reprodução assistida segundo a qual uma mulher aceita, de forma
gratuita e voluntária, gestar filho de outros pais biológicos e desde que sejam preenchidos cumulativamente
os seguintes requisitos:
I – Somente será permitida se houver problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética;
II - A doadora temporária do útero deve pertencer à família da doadora genética ou de seu cônjuge ou
companheiro;
III – A doadora temporária de útero deve ser plenamente capaz”.
§2º A técnica só poderá ser realizada mediante laudo médico que demonstre o impedimento ou que contraindique a gestação na doadora genética.
Art. 3º. Esta Lei entra em vigor 300 (trezentos) dias de sua publicação.

879 VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 118. Igualmente: VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade.* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 33.

De uma forma simplificada, entende-se que a posse de estado se insere no parâmetro socioafetivo de filiação, mas não o resume.

A posse de estado materno ou paterno-filial se funda em três elementos principais, quais sejam *tractatus, nomen* e *fama*. O primeiro envolve o comportamento dos sujeitos entre si. A forma de se tratarem deve ser suficiente a demonstrar que o pai ou a mãe tem por filho o outro e vice-versa. A provisão de assistência material e psíquica, sobretudo, representa valioso aspecto para tal revelação. O segundo elemento atine à utilização, pelo filho, do sobrenome do pai ou da mãe. O nome de família é um significativo indício da existência do vínculo de filiação.[880]-[881] O último elemento, enfim, refere-se ao conhecimento público sobre a relação paterno-filial. A reputação dos sujeitos como pai ou mãe e filho também concorre para fundar o liame parental entre eles.

> Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base da paternidade. A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética, que deveria pressupor aquela e serem coincidentes.[882]

Para além da posse de estado, porém, entende-se que a filiação socioafetiva requer um outro pressuposto principal: a unívoca intenção daquele que age como se genitor(a) fosse de se ver juridicamente instituído pai ou mãe.[883] Assim porque

880 Esse é um pressuposto de difícil satisfação já que a utilização de sobrenome requer, em regra, providências jurídico-registrais, o que, por sua vez, exigirá o cumprimento de outros requisitos específicos. Diante dessa complexidade, alguns autores defendem a possibilidade de dispensa deste requisito para concretização da posse de estado e do respectivo vínculo de filiação socioafetivo. Dentre eles, destacam-se Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: "É que o elemento nome não é decisivo, possuindo menor ou nenhuma importância para a determinação da posse do estado de filho, uma vez que as pessoas, de regra, são conhecidas pelo prenome e, na hipótese, não disporiam de condições de ostentar o sobrenome do seu pai afetivo." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* famílias. V.6. 12 ed. rev.e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 597).

881 Ainda a respeito do elemento *nomen*, é importante noticiar a Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009, que permite ao filho acrescer aos seus o sobrenome do marido ou companheiro da sua mãe, ou da esposa ou companheira de seu pai – denominados padrasto ou madrasta pela própria norma – bastando, para tanto, haja concordância deste. De fato, o diploma se resume a conceder tal faculdade de maneira ingênua, nada mencionando a respeito da instituição de um elo de filiação em função do seu exercício, com o efetivo aditamento do sobrenome. Entretanto, é preciso reconhecer que essa permissão pode provocar efeitos complexos no atinente às relações paterno ou materno-filiais. Afinal, embora os vínculos de filiação já estabelecidos se mantenham intactos, o acréscimo do patronímico pode trazer consigo a composição da relação socioafetiva paterno ou materno-filial, já que os requisitos da posse de estado de filho e a manifestação inequívoca de vontade em ver fixado o elo filial podem facilmente ser satisfeitos nesta circunstância. O *nomem* e a *fama* se cumprem quase automaticamente à providência e o *tractatus* talvez se possa extrair do interesse do filho ao exercer o direito e do interesse do padrasto ou madrasta ao conceder a respectiva autorização, a qual ainda pode ser também comprobatória da intenção de estes últimos serem reconhecidos por pai ou mãe.

882 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade:* relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 37.

883 É o que se constata, por exemplo, na adoção à brasileira: RECURSO ESPECIAL -

nem todo aquele que trata alguém como se filho fosse quer torná-lo juridicamente seu filho. Afinal, a constituição da qualidade de pai ou mãe enseja, dentre outros efeitos, uma série de deveres jurídicos que, se não cumpridos espontaneamente, comportam, até mesmo, execução compulsória. Logo, é preciso ter cautela no estabelecimento deste parentesco socioafetivo, sob pena de – uma vez desmerecida a real vontade do pretenso ascendente – lhe suprimir a essência, qual seja sua edificação espontânea e pura.

Essa manifestação inequívoca, então, há de ser expressa ou claramente dedutível de qualquer meio de prova idôneo, particular ou público, como o testamento, por exemplo. Na dúvida, fica prejudicada a caracterização do vínculo paterno ou materno-filial socioafetivo. Assim foi decidido, na 2ª Vara de Família da Comarca de Goiânia/GO, numa ação declaratória em que se pretendia fosse reconhecida relação avoenga por extensão ao vínculo filial socioafetivo havido entre a mãe dos autores e o casal por quem essa havia sido criada e educada. A juíza do caso negou a filiação pretendida exatamente pelo argumento de faltar a certeza da intenção do casal em tornar sua filha a mãe dos autores. Nas suas palavras:

---

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA - PATERNIDADE SOCIOFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O conhecimento do recurso especial exige a clara indicação do dispositivo, em tese, violado, bem assim em que medida o aresto *a quo* teria contrariado lei federal, o que *in casu* não ocorreu com relação à pretensa ofensa ao artigo 535 do Código de processo Civil (Súmula n. 284/STF). 2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado. 3. Recurso especial improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1088157/PB, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009).

E, também do STJ: RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. SOCIOAFETIVIDADE. ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO. REGISTRO. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. ERRO OU FALSIDADE. INEXISTÊNCIA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem. 2. Impossibilidade de retificação do registro de nascimento do menor por ausência dos requisitos para tanto, quais sejam: a configuração de erro ou falsidade (art. 1.604 do Código Civil). 3. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. 4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias. 5. A "adoção à brasileira", ainda que fundamentada na "piedade", e muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado não consubstancia negócio jurídico sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva, consistente no término do relacionamento com a genitora (Precedente). 6. Aplicação do princípio do melhor interesse da criança, que não pode ter a manifesta filiação modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica. 7. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1613641/MG*, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 29/05/2017)

> A paternidade socioafetiva só terá abrigo no ordenamento jurídico, como relação de filiação, se fundada num ato de vontade, que se sedimenta na afetividade. Inverter esses valores, em nome da visão moderna, numa aplicabilidade mormente afetiva, mas desprovida da vontade, é caminho perigoso. O Direito não pode correr este risco. [...] o sentido da paternidade socioafetiva não pode abrigar uma interpretação extensiva, e chegar ao ponto, de o Poder Judiciário, suprir a vontade da pessoa, que, movida pela solidariedade, abriga em sua família uma criança, ou mesmo um jovem, e passa a educá-lo, para mais tarde impor-lhe o prêmio, de pai/mãe socioafetivo, gerando efeitos na esfera do Direito de Família e Sucessório.[884]

Esse é o cuidado necessário na análise das situações de posse de estado de filho, a fim de garantir que sejam fonte do elo filial socioafetivo apenas aquelas nas quais a pretensão parental dos envolvidos seja indubitável. O raciocínio permissivo em excesso, além de flagrantemente contrário à autonomia subjetiva, pode ser maléfico a ponto de, inclusive, desestimular essas atitudes solidárias, dado o risco, que existiria, da imposição da paternidade ou maternidade e das incumbências daí derivadas.

### 11.1.3. Conflito aparente entre as paternidades/maternidades possíveis

É importante destacar que o critério eudemonista da filiação não exclui o biológico. Lembre-se de que foi a *insuficiência* deste último que deu ensejo à criação do primeiro e, assim, a tentativa é de complementação. O que o novo parâmetro socioafetivo vem sobrelevar é que tanto a paternidade quanto a maternidade hão de ser quistas e espontaneamente exercidas. Só assim servirão à realização pessoal dos indivíduos e, pois, à consecução da visada tutela jurídica. Não mais bastam relações meramente fictícias ou resumidas à genética. Imperioso é que os filhos e os pais tenham afinidade suficiente para auxiliarem-se reciprocamente no alcance do desenvolvimento pessoal.

Todavia, situações podem existir em que o vínculo biológico – comprovado ou presumido pelo critério jurídico de filiação – esteja dissociado do afetivo. Nestas hipóteses, caso considerado que não é permitido se ter dois pais ou duas mães,[885] haveria de se decidir por um deles, em detrimento do outro. Resta saber, então, se se pode falar em precedência, em hierarquização dos critérios de estabelecimento da relação paterno-filial ou materno-filial.

Atentando-se ao precípuo fundamento e à função existencial da filiação, talvez se pudesse concluir que, no conflito, a preponderância deveria ser em favor da mãe

---

884 Esse fragmento foi extraído de notícia sobre a decisão, veiculada pela Editora Magister (JUIZA nega pedido de vínculo socioafetivo pós-morte. *Notícias Editora Magister,* Porto Alegre, 14 set. 2008. Disponível em: http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=29776&page=1. Acesso em: 14 fev. 2009, grifo nosso)

885 O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Ap. Civ. 70022853089. 8ª Cam. Civ. Jul. em 08/04/09. Publ. em 09/04/09) sediou a conclusão de que não se pode ter dois pais ao negar a instituição do vínculo paterno-filial socioafetivo porque o descendente permitia manter o elo biológico pré-estabelecido em relação a outrem. Para íntegra do julgado, recorra a http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ ementa.php. Acesso em: 24 abr. 2009.

ou do pai socioafetivo. É o que defende, por exemplo, Juliane Fernandes Queiroz: "Em suma, a verdade afetiva, em alguns casos, coincide com a verdade biológica; porém, em caso de confronto entre as duas, a primeira poderá preponderar sobre a segunda, tendo-se em vista os novos interesses tutelados pelo Direito e a nova diretriz de família definida pela sociedade.[886]

Paulo Lôbo, em edição anterior de sua obra sobre Famílias, afirmou que "a origem genética apenas pode prevalecer quando não se tenha constituído alguma das modalidades de filiação socioafetiva (adoção, posse de estado de filiação e concepção por inseminação artificial heteróloga)."[887]

Tem-se por temerário adotar quaisquer desses posicionamentos em termos abstratos. Assim porque o caso concreto pode trazer minúcias tais a comprometer toda a lógica que se tenta formular. Pode ser, por exemplo, que o pai genético – que eventualmente pretenda ver estabelecido o vínculo filial – não tenha, até então, relação afetiva alguma com o filho e tenha permitido – com sua omissão – que outra pessoa o tivesse – pai socioafetivo – porque simplesmente desconhecia a existência do filho. O genitor pode não ter sido nem sequer comunicado da gravidez pela mãe gestante.

Nesta, como em outras hipóteses, talvez não seja tão convincente negar aos pais biológicos o estabelecimento do elo de filiação.[888] Afinal, é de suprema importância lembrar que esta consiste numa relação e, por isso, é necessariamente bilateral. Logo, não é elementar apenas ao filho e ao seu desenvolvimento da personalidade que a filiação seja estabelecida, mas também ao pai ou à mãe e à sua constituição pessoal.

Individualmente, tornar-se pai ou mãe é submeter-se, pelo menos, a uma passagem de posições: cede-se seu lugar de filho ao seu filho. Perde-se sua situação de descendente para assumir a de ascendente. "A perpetuação simbólica supõe uma renúncia de si mesmo: ao tornar-se pai, o filho deve se reconhecer outro em relação ao seu pai. Deve trocar o registro de identificação."[889] Deixar de ser filho(a) do pai (e/ou da mãe) para tornar-se pai (ou mãe) do seu filho(a). É patente a influência

---

886 QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade:* aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 151.

887 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias.* São Paulo: Saraiva, 2008, p. 195.

888 É neste sentido que Roberto Alves de Oliveira Filho, Marcelo Rodrigues da Silva e Jordana Maria Mathias dos Reis criticam a hipótese de prevalência de um critério sobre o outro, considerando as especificidades do caso concreto. Em suas palavras, "em que pese o entendimento consolidado pelos Tribunais, com a devida vênia, parece pouco prudente a simples determinação *in abstrato* da supremacia de um critério sobre o outro, especialmente quando consideradas as particularidades do caso concreto. Dessa forma, uma decisão pode facilmente levar a uma injustiça, em se tratando, por exemplo, de uma situação na qual é negado a um pai biológico, que desconhecia a existência do filho, o estabelecimento de uma relação familiar com ele pelo simples fato de outra pessoa já o fazer, como pai socioafetivo." (OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves; SILVA, Marcelo Rodrigues da; REIS, Jordana Maria Mathias dos. Os elementos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para o reconhecimento da multiparentalidade. *In*: FIUZA, César (Org); RODRIGUES, Edwirges Elaine Rodrigues; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. (Coord.). *Temas relevantes sobre o direito das famílias*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 89).

889 HURSTEL, Françoise. *As novas fronteiras da paternidade.* São Paulo: Papirus, 1999, p. 87.

disso na constituição da personalidade do sujeito, razão pela qual há de ser muito refletida a negativa de estabelecimento do vínculo porque já existe um outro pai ou uma outra mãe socioafetivo constituído.

Em conclusão, abstratamente não se pode falar em supremacia de um critério sobre outro. Ao revés, entende-se que, em princípio, eles não se excluem. A própria evolução histórica indica que o surgimento dos critérios se deu sempre voltada para a *complementação*. Nesse sentido, como complementar equivale a acrescer, considera-se possível admitir a pluralidade da paternidade e da maternidade, como se verá no tópico a seguir.

### 11.1.4. Multiparentalidade

A socioafetividade ganha importância e passa a corresponder a critério de filiação autônomo. É na circunstância em que a presunção matrimonial ou a imposição genética do vínculo de descendência não foram capazes de gerar uma relação afetiva que surge espaço para o aprimoramento filial. Logo, se a ideia é de acréscimo, não parece haver obstáculo à defesa, nestes casos, do reconhecimento de uma segunda mãe ou de um segundo pai socioafetivo.[890]

Note-se que a opção pela pluralidade talvez resolvesse, ainda, um dos grandes problemas que a unicidade pode trazer se conjugada à priorização do parâmetro socioafetivo: a cômoda isenção da mãe ou do pai biológico que encontram terceiro que lhes ocupe o lugar. Permitindo-se a coexistência de relações filiais, seria possível garantir ao filho além da relação eudemonista, não oferecida pelo(a) genitor(a), os exequíveis direitos oriundos da filiação biológica – como o de alimentos e os sucessórios. Esta é uma medida que se apresenta bastante razoável. De um lado, mantém intacta a responsabilidade dos genitores que, no exercício de sua autonomia – é de presumir-se – fizeram nascer o filho. De outro, resguarda, de maneira ampla, este último sujeito, material e moralmente.[891]

890 Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, embora em outro contexto – o das famílias recompostas – também admitem a multiparentalidade: “uma vez desvinculada a função parental da ascendência biológica, sendo a paternidade e a maternidade atividades realizadas em prol do desenvolvimento dos filhos menores, a realidade social brasileira tem mostrado que essas funções podem ser exercidas por ‘mais de um pai’ ou ‘mais de uma mãe’ simultaneamente [...]. A nosso sentir, a multiparentalidade garante aos filhos menores que, na prática, convivem com múltiplas figuras parentais a tutela jurídica de todos os efeitos que emanam tanto da vinculação biológica como da socioafetiva, que, como demonstrado, em alguns casos, não são excludentes, e nem haveria razão para ser, se tal restrição exclui a tutela aos menores, presumidamente vulneráveis [...].” TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões,* Porto Alegre, n. 10, p. 46, jun./jul. 2009.

891 Embora sem conceder direitos patrimoniais oriundos do segundo reconhecimento, o TJRS reconheceu a paternidade biológica tardia sem anular a paternidade socioafetiva: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CONCORDÂNCIA DO PAI E FILHO BIOLÓGICOS EM MANTER O REGISTRO QUE ESPELHA A PATERNIDADE SOCIAFETIVA. PEDIDO QUE SE RESTRINGE AO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. SEM CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CONFLITO DE INTERESSES. Comprovada a paternidade biológica após 40 anos do nascimento do filho

A mesma lógica da multiplicidade parental pode ser observada também quando a socioafetividade se instalou na inexistência de outro elo filial, cujo reconhecimento venha a ser solicitado posteriormente. Permitida a pluralidade de vínculos, mesmo que a emergência da filiação socioafetiva tenha se dado anteriormente à biológica, o reconhecimento desta última ainda será viável. Dessa forma, assegura-se ao filho, que assim pretender, o conhecimento de sua linha ascendente genética, sem prejuízo do pai ou da mãe socioafetivo conquistado.[892] Em sentido inverso, também poderá providenciar tal reconhecimento o(a) genitor(a), preservando-se o seu direito de ser qualificado por pai ou mãe, mas também a relação parental do filho precedentemente estruturada.

Já se considerava admissível, nas edições anteriores desta obra, a duplicidade de vínculos materno ou paterno-filiais, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico ou jurídico preestabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento de paternidade ou maternidade biológica.

A sedimentar esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 898.060, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, reconheceu a pluriparentalidade, ou seja, a possibilidade de múltiplos vínculos parentais, podendo, então, ser reconhecidos, ao mesmo tempo, os vínculos socioafetivo e biológico. Foi assentada, então, a seguinte tese: "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos

---

e inexistindo interesse de anular ou retificar o atual registro de nascimento, cabível tão somente o reconhecimento da paternidade biológica, sem a concessão de direito hereditário ou retificação de nome. É que, se certa a paternidade biológica, o seu reconhecimento, sem a concessão dos demais direitos decorrentes do vínculo parental e inexistindo prejuízo e resistência de quem quer que seja, não viola o ordenamento jurídico. Ao contrário. Em casos como esse, negar o reconhecimento da verdade biológica chega a ser uma forma de restrição dos direitos da personalidade do indivíduo, cujo rol não é exaustivo (artigo 11 e seguintes do Código Civil). Caso em que tão somente se reconhece a paternidade biológica, sem a concessão de qualquer outro efeito jurídico. O reconhecimento pode ser averbado no registro de nascimento. Considerando a ausência de lide e a verdadeira inexistência de partes, tal qual os procedimentos de jurisdição voluntária, não cabe a fixação de honorários advocatícios. São devidas as custas. DERAM PROVIMENTO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70031164676, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Julgado em 17/09/2009).

892 Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO AGRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. APELO PROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. 70029363918. Relator: Claudir Fidelis Faccenda, julgado em 07.05.2009).

jurídicos próprios." Na ementa, a seguir transcrita, revelam-se, resumidamente, os fundamentos que permitiram o reconhecimento da multiparentalidade, tais como: a dignidade humana, a afetividade, a paternidade responsável e a busca pela felicidade:

> Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da

felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em

registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios."[893][894]

A multiparentalidade também foi objeto das atenções do Conselho Nacional de Justiça, pois, ao editar o Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017, que dispõe sobre a parentalidade socioafetiva, reconheceu a tese fixada no julgamento do RE 898.060. Posteriormente, o referido provimento foi alterado pelo de número 83, de 14 de agosto de 2019. A partir de então, a concomitância dos vínculos socioafetivo e biológico tornou-se ainda mais evidente e, além disso, estabeleceu-se a possibilidade de inclusão de mais de um ascendente socioafetivo, contanto que o procedimento seja judicial. A hipótese extrajudicial circunscreve-se à inclusão de apenas um ascendente socioafetivo.[895, 896] Em qualquer hipótese, contudo, o que deve orientar o reconhecimento ou não dos vínculos concomitantes, em caso de absolutamente incapazes ou de relativamente incapazes pelo critério etário, é o melhor interesse da criança e do adolescente.

## 11.2. Filiação e origem genética: a distinção de dois direitos

Sediada a pluralidade de critérios definidores da filiação, o elo genético deixa de ser uma origem certa desta. A descendência biológica que une duas pessoas pode ser e pode não ser fonte dos vínculos materno e paterno-filial. Isso significa que a relação de parentesco pode coincidir com a derivação genética ou pode dela estar dissociada. Seja de uma forma, seja de outra, isso traz decorrências identitárias.

Quando o pai e/ou a mãe se ligam ao filho porque genitores deste, a situação não comporta maiores discussões de ordem genealógica. Isso é porque, neste caso, o elo parental em si pode propiciar as informações deste teor. Ao revés, é recheada de questionamentos genealógicos a hipótese de a filiação ter sido fixada alheia à genética. A não coincidência entre a concepção e a fixação filial dá margem ao interesse acerca de sua herança biológica, sobretudo para fins de proteção à saúde.

Em função desse universo de dúvidas criado a partir dos critérios não biológicos de filiação, emergiu a necessidade de juridicamente garantir o conhecimento pessoal do histórico genético legado. Tendo em vista que a paternidade e/ou a maternidade definidas, nestes casos, não são capazes de oferecer tal ciência ao filho, torna-se

---

893 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 898060*, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 Divulg: 23-08-2017, Publicação: 24-08-2017.

894 Recomenda-se a leitura do inteiro teor da decisão, disponível no Portal do Supremo Tribunal Federal.

895 Provimento 63 do CNJ: Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.

896 Provimento 83 do CNJ: Art. 1º O Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] V - o art. 14 passa a vigorar acrescido de dois parágrafos, numerados como § 1º e § 2º, na forma seguinte: "art. 14 (...) 1ª Somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno. 2º A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial."

preciso concedê-la paralelamente ao vínculo filial. Nessa linha de raciocínio, fica fácil apreender que a origem genética surge como garantia autônoma, desprovida de qualquer implicação parental. Em última instância, assegurar à pessoa a notícia dos dados biológicos por ela herdados não é medida que irá provocar-lhe a constituição do vínculo de paternidade e/ou de maternidade.

A defesa da busca pela origem genética como um direito pessoal já era prenunciada por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, durante o II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Exatamente num momento em que se defendiam os parâmetros não biológicos de filiação, ela afirmou, paralelamente, parecer-lhe "replena [sic] de certeza e de verdade a ideia de que alguém possa pretender tão apenas investigar a sua ancestralidade, buscando sua identidade biológica pela razão de simplesmente saber-se a si mesmo."[897]

Assim, além do liame genético ter deixado de induzir, necessariamente, a relação paterno ou materno-filial – dada a existência dos demais critérios –, passou a também ser vislumbrado como substância de um direito independente com propósito de identidade subjetiva. Nas precisas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, "a origem genética da pessoa, tendo perdido seu papel legitimador da filiação, máxime na Constituição, migrou para os direitos da personalidade, com finalidades distintas."[898]

Direitos de personalidade são direitos que se prestam a proteger aspectos inerentes à caracterização pessoal do sujeito, "têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual."[899] Assim, mostrando-se a composição fisiológica subjetiva como um destes aspectos, parece arrazoado incluí-la como conteúdo de tais direitos. Noutras palavras, se a qualificação biológica é um dos dados caracterizadores da pessoa, é certo que o Direito a protege por intermédio do seu reconhecimento como um direito de personalidade.

Falar em origem genética é invocar o conjunto de dados relativos à proveniência biológica de alguém. Logo, o direito à origem genética é o direito de conhecer tal grupo de informações, de ter acesso ao mesmo. Em nada se confunde, nessa medida, com o direito a ter um pai ou uma mãe.

> Para garantir a tutela do direito da personalidade, não é necessário investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é a garantia do direito da personalidade, na espécie, direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos, para prevenção da própria vida.[900]

---

897 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do novo milênio.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 176.

898 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista CEJ*, v. 8, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004, p. 48. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/ numero27/artigo06.pdf. Acesso em: 10 mar. 2009.

899 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 249.

900 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista CEJ*, v. 8, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004, p. 48. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/ numero27/artigo06.pdf. Acesso em: 10 mar. 2009.

Daqui, mais uma relevantíssima observação sobressai. Sendo conteúdo do direito à identidade genética o grupo de informações biológicas herdadas, sua satisfação não requer o conhecimento da identidade dos genitores. Quem sejam estes é uma notícia prescindível, dispensável. O que importa é a concessão dos dados relativos à ascendência biológica. Noutras palavras, o direito à origem genética dá ao titular a prerrogativa de conhecer, por exemplo, se tem ou não predisposição para sofrer de certas debilidades físicas e mentais – como hipertensão arterial, diabetes –, mas não lhe dá a faculdade de saber quem foi o sujeito que contribuiu geneticamente para o seu nascimento. Grosso modo, o que se protege por tal direito de personalidade é o conhecimento do substrato da herança em si – objeto –, não da identidade do sucedido – sujeito.

É claro, porém, que essa dissociação não será perfeitamente possível em todos os casos. Quando a procriação for fruto do encontro sexual, por exemplo, é judicialmente impraticável reivindicar tais informações sem invocar a pessoa do genitor. Já nos casos de reprodução assistida heteróloga, isto é, com utilização de gameta de doador, a concessão das informações genéticas sem noticiar a identidade do genitor não só é possível como recomendável, em respeito ao anonimato assegurado na doação.[901]

---

901 A Resolução nº 2.294/21 do Conselho Federal de Medicina prevê em seu item IV sobre doação de gametas ou embriões o seguinte: "
IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES
1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau - pais/filhos; segundo grau - avós/irmãos; terceiro grau - tios/sobrinhos; quarto grau - primos), desde que não incorra em consanguinidade.
3. A idade limite para a doação de gametas é de 37 (trinta e sete) anos para a mulher e de 45 (quarenta e cinco) anos para o homem.
3.1 Exceções ao limite da idade feminina poderão ser aceitas nos casos de doação de oócitos e embriões previamente congelados, desde que a receptora/receptores seja(m) devidamente esclarecida(os) dos riscos que envolvem a prole.
4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, com ressalva do item 2 do Capítulo IV. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para os médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a).
5. As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.
6. Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de dois nascimentos de crianças de sexos diferentes em uma área de 1 milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.
7. Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços participar como doadores nos programas de RA.
8. É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA.
9. A escolha das doadoras de oócitos, nos casos de doação compartilhada, é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá selecionar a doadora que tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora, com a anuência desta.
10. A responsabilidade pela seleção dos doadores é exclusiva dos usuários quando da

De qualquer maneira, é imperioso reconhecer que sendo, ou não, possível oferecer as informações biológicas sem revelar a pessoalidade do(s) genitor(es), em atenção à substância do direito defendido, em nenhum caso haverá criação do vínculo filial. Dito de outra forma, ainda que para cumprir o direito à origem genética, tenha havido, na situação concreta, divulgação da identidade do ascendente, isso não criará a relação jurídica de filiação.[902]

Se a pretensão for constituir paternidade e maternidade, o foco passa a ser o elo filial e os dados genéticos podem até se fazer presentes – caso o critério definidor seja o biológico –, mas o serão como mero recurso necessário para definição deste vínculo jurídico. Deixam de corresponder ao direito defeso em si mesmo para ser mero instrumento de realização de outro direito, qual seja o de filiação.

Em última instância, embora todos tenham tanto o direito de vindicar sua origem biológica quanto o direito à filiação, eles não se confundem entre si. A descoberta dos dados genéticos pode não servir à constituição de paternidade e maternidade, da mesma forma que a constituição da paternidade e da maternidade pode não garantir o conhecimento da ascendência biológica. Cada um desses direitos tem objeto próprio e, nessa medida, hão de ser tratados.

## 11.3. Adoção

A adoção é a forma mais conhecida, porque mais antiga, de filiação socioafetiva. Consiste em, por escolha, tornar-se pai e/ou mãe de alguém com quem, geralmente, não se mantém vínculo biológico algum.[903] Trata-se de "um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade."[904] Daí ser uma fiel consagração da vontade afetiva como elemento desencadeador de efeitos jurídico-familiares.

A medida da adoção é também conhecida como colocação em família substituta[905] por se pressupor que a família originária seria a genética, da qual o adotado será separado. Dessa forma, a adoção é construída como medida excepcional que só pode ser acessada quando absolutamente inviável a manutenção da família natural. Entenda-se por família natural, nos termos do artigo 25 do ECA, tanto a

---

utilização de banco de gametas ou embriões.
11. Na eventualidade de embriões formados de doadores distintos, a transferência embrionária deverá ser realizada com embriões de uma única origem para a segurança da prole e rastreabilidade." (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2021).

902 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista CEJ*, v. 8, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004, p. 48. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/ numero27/artigo06.pdf. Acesso em: 10 mar. 2009.

903 O § 1º do art. 42 do ECA só veda a adoção aos ascendentes e irmãos do adotando. Portanto, tios e primos do adotando podem adotá-lo, preenchidos os pressupostos legais.

904 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 327

905 Importa esclarecer que, conforme artigo 28 do ECA, a colocação em família substituta pode ocorrer, para além da adoção, pelos institutos da guarda e da tutela. Estas são alternativas nas quais a criança e o adolescente, igualmente, são inseridos em novos ambientes familiares (não consanguíneos), sem que, porém, haja constituição de vínculo filial.

comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, quanto a que se estende aos parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (conhecida por família extensa).

Sobre esse ponto, duas observações merecem ser feitas. A primeira delas atine à hierarquia pressuposta entre família biológica e família socioafetiva (a instituir-se pela adoção) da qual parte a lei. Trata-se de pensamento frágil, amplamente criticável pelos próprios termos por meio dos quais se compreende o conceito de família hoje. Se o ponto fulcral é a afetividade e ela há de ser prestigiada, falta sentido privilegiar a consanguinidade, especialmente nesse caso em que desprovida de afeto (o que pode ser deduzido já que a criança ou o adolescente está em cadastro de adoção).

Disso decorre que a inserção do adotado na nova entidade familiar socioafetiva requer, quando já tenha ele relação filial fixada, a sua prévia desconstituição. Nessa feita, ou os pais precedentes hão de ser destituídos do poder familiar – caso para tanto haja motivo, como o abandono do filho – ou hão de dar o seu consentimento permissivo à adoção. Se desconhecidos, porém, nenhuma dessas providências é imposta, posto mesmo impraticáveis. Igualmente, se o adotando for qualificado por infante exposto, assim considerado o que foi deixado, em endereço certo, por um ou ambos os pais, em seus primeiros dias de vida, para que seja acolhido por quem o encontrar.[906]

A adoção por concessão parental é bastante discutível. Afinal, sugere a disposição unilateral de uma relação tipicamente bilateral. Como a adoção tem o condão de desfazer a filiação anterior, a concordância dos pais não só equivale à renúncia do seu direito de ser mãe e pai – o que por si já é questionável –, mas à abdicação do direito do filho de assim os ter. Visto dessa forma, mais adequado parece entender que a aquiescência parental somente será capaz de ensejar o fim da relação filial precedente à adoção quando somada a um dos seguintes aspectos; *(i)* coincidir com a válida concordância do filho; *(ii)* e/ou a medida adotiva se apresentar como melhor à satisfação dos interesses do adotando.

Ainda a esse respeito e sob o mesmo argumento aqui defendido, não se pode concordar com aqueles que creem ser o consentimento parental exigível apenas quando menor de idade o adotando.[907] Afinal, ainda que o poder familiar se extinga com a maioridade, o que a adoção prejudica é o vínculo de filiação, o qual permanece também após adulto o filho. Portanto, mesmo maior o filho, a relação filial se mantém bilateral não podendo ser desfeita apenas por sua vontade, em desmerecimento do direito dos pais registrais de como tais permanecerem.

Qualquer pessoa pode ser adotada, seja menor ou maior de idade. Até o Código Civil de 2002, no entanto, fazia-se diferença entre a natureza da adoção do adulto em relação à da criança e do adolescente. A do primeiro era denominada simples,

---

906 LÔBO, Paulo. *Direito civil:* volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

907 LÔBO, Paulo. *Direito civil:* volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

sendo revogável e relativa em seus efeitos parentais[908] (até a entrada em vigor da CF/88), podendo ser concretizada em sede cartorial, por mera escritura pública.[909] A dos menores de idade, por sua vez, era denominada de adoção plena e definitiva, criando parentesco extensivo, e necessariamente processada judicialmente. Com o advento do novo diploma civil, dissolveu-se, definitivamente, essa variação do instituto, sendo, a partir de então, qualquer adoção integral, irrevogável e judicial.[910] É o que preceitua o art. 1.619 do Código Civil: "A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente." Coerente a ressalva quanto à aplicação de algumas regras do Estatuto da Criança e do Adolescente na adoção do maior, pois algumas particularidades são justificadas pela peculiaridade da condição da criança e do adolescente, a exemplo da obrigatoriedade do estágio de convivência prévio que só deve ocorrer na adoção do menor.[911]

---

908 Adoção relativa porque o vínculo de parentesco que gerava se restringia ao de filiação; isto é, os parentes dos adotantes não se tornavam, por reflexo, também parentes do adotado. Assim previa o Código Civil de 1916: "Art. 336. A adoção estabelece parentesco meramente civil entre o adotante e o adotado."

909 Código Civil de 1916. "Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo."

910 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 404; LÔBO, Paulo. *Direito civil:* volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

911 Lei nº 8.069/90. "Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
§ 2º -A. O prazo máximo estabelecido no caput deste artigo pode ser prorrogado por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 3º -A. Ao final do prazo previsto no § 3 o deste artigo, deverá ser apresentado laudo fundamentado pela equipe mencionada no § 4 o deste artigo, que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
§ 5º O estágio de convivência será cumprido no território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente, ou, a critério do juiz, em cidade limítrofe, respeitada, em qualquer hipótese, a competência do juízo da comarca de residência da criança. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Para ser adotante, por sua vez, é exigida a maioridade civil e a diferença mínima de idade de 16 anos em relação ao adotado[912], como tentativa de imitar

---

912 Registre-se que esse requisito da diferença mínima de idade entre adotante e adotado tem gerado pensamentos contrapostos no Superior Tribunal de Justiça. Julgados de 2020 e de 2021 demonstram não ser uníssono o entendimento sobre a relatividade ou imperiosidade da exigência:

RECURSOS ESPECIAIS - AÇÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL SOCIOAFETIVA DE ENTEADO PROMOVIDA POR PADRASTO - INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, DADO O NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO DA DIFERENÇA MÍNIMA DE 16 ANOS DE IDADE ENTRE ADOTANTE E ADOTANDO - DELIBERAÇÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM FACE DO CARÁTER COGENTE DA NORMA PREVISTA NO ART. 42, § 3º DO ECA - IRRESIGNAÇÃO DO DEMANDANTE E DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DISTRITAL QUE ATUA NO FEITO COMO CUSTOS LEGIS. Hipótese: Cinge-se a controvérsia em definir se a regra que estabelece a diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre adotante e adotando (art. 42, § 3º do ECA) é norma cogente ou, na medida das peculiaridades do caso concreto, pode ser relativizada no interesse do adotando, à vista da situação fática efetivamente vivenciada de forma pública, estável, duradoura e contínua. 1. O dispositivo legal atinente à diferença mínima etária estabelecida no art. 42, § 3º do ECA, embora exigível e de interesse público, não ostenta natureza absoluta a inviabilizar sua flexibilização de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pois consoante disposto no artigo 6º do ECA, na interpretação da lei deve-se levar em conta os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. 2. O aplicador do Direito deve adotar o postulado do melhor interesse da criança e do adolescente como critério primordial para a interpretação das leis e para a solução dos conflitos. Ademais, não se pode olvidar que o direito à filiação é personalíssimo e fundamental, relacionado, pois, ao princípio da dignidade da pessoa humana. 2.1 No caso em exame, o adotante é casado, por vários anos, com a mãe do adotando, razão por que esse se encontra na convivência com aquele desde tenra idade; o adotando possui dois irmãos que são filhos de sua genitora com o adotante, motivo pelo qual pode a realidade dos fatos revelar efetiva relação de guarda e afeto já consolidada no tempo, merecendo destaque a peculiaridade de tratar-se, na hipótese, de adoção unilateral, circunstância que certamente deve importar para a análise de uma possível relativização da referência de diferença etária 3. A justa pretensão de fazer constar nos assentos civis do adotando, como pai, aquele que efetivamente o cria e educa juntamente com sua mãe, não pode ser frustrada por apego ao método de interpretação literal, em detrimento dos princípios em que se funda a regra em questão ou dos propósitos do sistema do qual faz parte. 4. Recursos especiais providos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1338616/DF, Rel.* Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 15/06/2021, DJE 25/06/2021.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL DE MAIOR AJUIZADA PELO COMPANHEIRO DA GENITORA. DIFERENÇA MÍNIMA DE IDADE ENTRE ADOTANTE E ADOTANDO. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Nos termos do § 1º do artigo 41 do ECA, o padrasto (ou a madrasta) pode adotar o enteado durante a constância do casamento ou da união estável (ou até mesmo após), uma vez demonstrada a existência de liame socioafetivo consubstanciador de relação parental concretamente vivenciada pelas partes envolvidas, de forma pública, contínua, estável e duradoura. 2. Hipótese em que o padrasto (nascido em 20.3.1980) requer a adoção de sua enteada (nascida em 3.9.1992, contando, atualmente, com vinte e sete anos de idade), alegando exercer a paternidade afetiva desde os treze anos da adotanda, momento em que iniciada a união estável com sua mãe biológica (2.9.2006), pleito que se enquadra, portanto, na norma especial supracitada. 3. Nada obstante, é certo que o deferimento da adoção reclama o atendimento a requisitos pessoais - relativos ao adotante e ao adotando - e formais. Entre os requisitos pessoais, insere-se a exigência de o adotante ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando (§ 3º do artigo 42 do ECA). 4. A *ratio essendi* da referida imposição legal tem por base o princípio de que a adoção deve imitar a natureza (adoptio natura imitatur). Ou seja: a diferença de idade na adoção tem por escopo, principalmente, assegurar a semelhança com a filiação biológica, viabilizando o pleno desenvolvimento do afeto estritamente maternal ou paternal e, de outro lado, dificultando

a natureza nesta situação de filiação juridicamente criada.[913] A Lei nº 8.069/90 (ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente) trazia redação dissonante à regra do diploma civil sobre a idade exigida do adotante. Embora o Código Civil, ao impor a maioridade, determinasse que a pretensa mãe ou o pretenso pai deveria ter 18 anos completos, o artigo 42 do ECA ainda prescrevia que tal legitimidade só possuíam os maiores de 21 anos. Isso levou a doutrina a defender uma interpretação sistemática, para concluir que não se exige a idade de 21 anos, mas a qualidade de maior do adotante também para a adoção das crianças e dos adolescentes.[914] Essa dissonância de redação, no entanto, foi corrigida pela Lei nº 12.010/09. A partir dela, o artigo 42 do ECA passou a assim estabelecer: "Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil."

Outra mudança trazida por esta nova legislação, ainda acerca da idade dos adotantes, atine à adoção conjunta. Até então, tal qual o parágrafo único do artigo 1.618 do Código Civil, o § 2º do artigo 42 da Lei nº 8.069/90, admitia a adoção mesmo que um dos adotantes fosse menor de 18 anos, desde que o outro fosse maior. Com o advento da Lei nº 12.010/09, porém, essa permissão desaparece do ECA e do Código Civil, pois foi revogado o parágrafo único do artigo 1.618.

A dúvida que existia até então era: na adoção conjunta, ambos os adotantes precisam satisfazer o requisito da maioridade ou permanece a regra de bastar que um deles o cumpra? Arrisca-se responder defendendo a manutenção da regra pelos seguintes argumentos.

A Lei nº 12.010/09, embora desapareça com a permissão expressa de apenas um dos adotantes ser maior, traz como substitutivo à antiga regra do § 2º do artigo 42 uma norma que sugere a mesma conclusão. Referido dispositivo legal ao

---

a utilização do instituto para motivos escusos, a exemplo da dissimulação de interesse sexual por menor de idade. 5. Extraindo-se o citado conteúdo social da norma e tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, revela-se possível mitigar o requisito de diferença etária entre adotante e adotanda maior de idade, que defendem a existência de vínculo de paternidade socioafetiva consolidado há anos entre ambos, em decorrência de união estável estabelecida entre o autor e a mãe biológica, que inclusive concorda com a adoção unilateral. 6. Apesar de o adotante ser apenas doze anos mais velho que a adotanda, verifica-se que a hipótese não corresponde a pedido de adoção anterior à consolidação de uma relação paterno-filial, o que, em linha de princípio, justificaria a observância rigorosa do requisito legal. 7. À luz da causa de pedir deduzida na inicial de adoção, não se constata o objetivo de se instituir uma família artificial - mediante o desvirtuamento da ordem natural das coisas -, tampouco de se criar situação jurídica capaz de causar prejuízo psicológico à adotanda, mas sim o intuito de tornar oficial a filiação baseada no afeto emanado da convivência familiar estável e qualificada. 8. Nesse quadro, uma vez concebido o afeto como o elemento relevante para o estabelecimento da parentalidade e à luz das especificidades narradas na exordial, o pedido de adoção deduzido pelo padrasto - com o consentimento da adotanda e de sua mãe biológica (atualmente, esposa do autor) - não poderia ter sido indeferido sem a devida instrução probatória (voltada à demonstração da existência ou não de relação paterno-filial socioafetiva no caso), revelando-se cabível, portanto, a mitigação do requisito de diferença mínima de idade previsto no § 3º do artigo 42 do ECA. 9. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1717167/DF.* Rel. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 11/01/2020, DJE 10/09/2020).

913 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, p. 402.

914 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 360.

invés de prever que "a adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família", passou a prever que "para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família".

Quando se afirma que os casados e os companheiros é que podem, juntos, adotar uma mesma criança ou adolescente, admite-se, ainda que indiretamente, que o casal adotante seja composto por pessoa de 18 anos incompletos. Tal fato não permite admitir, todavia, que, a partir de então, fica dispensável a maioridade de ambos. Afinal, o *caput* do artigo 42 do ECA demanda tal condição do adotante, e o parágrafo único do artigo 1.618 do Código Civil foi revogado pela Lei 12.010 de 2009. Significa dizer que, numa leitura abrangente do sistema jurídico, na adoção conjunta, a idade de 18 anos também é imposta aos adotantes, nada obstando, porém, que, uma vez comprovada a estabilidade da família por eles constituída, falte tal condição a tão somente um deles. Em última instância, parece que a supressão provocada pela Lei nº 12.010/09 foi apenas da manifestação expressa da regra de suficiência da maioridade de um dos cônjuges ou companheiros adotantes. Essa permissão continua a existir; porém, implicitamente.

Também no que diz respeito à legitimação para ser adotante, o ECA a exclui dos ascendentes de segundo grau em diante – avós, bisavós etc. – bem como dos irmãos do adotando. O que se pretende evitar é a ambiguidade que adviria da criação do vínculo filial entre aqueles que já são parentes de grau bastante próximo.[915] A vedação, no entanto, não alcança os tios e sobrinhos, bem como os primos. Esses, caso queiram, podem se adotar. Todavia, a despeito da exclusão dos ascendentes pelo ECA, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, compreendeu que situações excepcionais, em nome do melhor interesse do menor, podem justificar a chamada adoção avoenga, em que os netos são adotados pelos avós, o que corresponde a uma flexibilização do disposto no §1º do artigo 42 do ECA.[916]

915 LÔBO, Paulo. *Direito civil:* volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

916 RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MENOR PLEITEADA PELA AVÓ PATERNA E SEU COMPANHEIRO (AVÔ POR AFINIDADE). MITIGAÇÃO DA VEDAÇÃO PREVISTA NO § 1º DO ARTIGO 42 DO ECA. POSSIBILIDADE.
1. A Constituição da República de 1988 consagrou a doutrina da proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes, segundo a qual tais "pessoas em desenvolvimento" devem receber total amparo e proteção das normas jurídicas, da doutrina, jurisprudência, enfim de todo o sistema jurídico.
2. Em cumprimento ao comando constitucional, sobreveio a Lei 8.069/90 - reconhecida internacionalmente como um dos textos normativos mais avançados do mundo -, que adotou a doutrina da proteção integral e prioritária como vetor hermenêutico para aplicação de suas normas jurídicas, a qual, sabidamente, guarda relação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que significa a opção por medidas que, concretamente, venham a preservar sua saúde mental, estrutura emocional e convívio social.
3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem por escopo salvaguardar "uma decisão judicial do maniqueísmo ou do dogmatismo da regra, que traz sempre consigo a ideia do tudo ou nada" (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 588/589).

Quanto ao estado civil daquele que pretende adotar, trata-se de fator irrelevante para admissão da medida. Solteiro, casado, separado, divorciado ou viúvo; todos podem adotar e podem fazê-lo individual ou conjuntamente. Neste último caso, no entanto, a lei faz uma ressalva. A adoção conjunta requer a existência de relação familiar entre os adotantes e esta há de ser atual, em regra, ainda que excepcionalmente se admita sua qualidade pretérita.

Explicando melhor, o § 2º do artigo 42 do ECA é taxativo ao prescrever que a adoção pode ser feita por duas pessoas se ambas forem cônjuges ou companheiras.

Requerendo uma hermenêutica constitucionalizada, porém, a norma há de ser lida ampliativamente. Em atenção ao princípio da pluralidade, se as entidades familiares em geral não se resumem àquelas indicadas no rol constitucional, as entidades conjugais ou de companheirismo, em particular, também não se limitam ao casamento e à união estável heteroafetivos. Casais homoafetivos que instituam família entre si hão de receber a mesma permissão legal. As partes finais dos artigos em questão, ao indicarem que o elementar é a comprovação de estabilidade

---

4. É certo que o § 1º do artigo 42 do ECA estabeleceu, como regra, a impossibilidade da adoção dos netos pelos avós, a fim de evitar inversões e confusões (tumulto) nas relações familiares - em decorrência da alteração dos graus de parentesco -, bem como a utilização do instituto com finalidade meramente patrimonial.
5. Nada obstante, sem descurar do relevante escopo social da norma proibitiva da chamada adoção avoenga, revela-se cabida sua mitigação excepcional quando: (i) o pretenso adotando seja menor de idade;
(ii) os avós (pretensos adotantes) exerçam, com exclusividade, as funções de mãe e pai do neto desde o seu nascimento; (iii) a parentalidade socioafetiva tenha sido devidamente atestada por estudo psicossocial; (iv) o adotando reconheça os - adotantes como seus genitores e seu pai (ou sua mãe) como irmão; (v) inexista conflito familiar a respeito da adoção; (vi) não se constate perigo de confusão mental e emocional a ser gerada no adotando; (vii) não se funde a pretensão de adoção em motivos ilegítimos, a exemplo da predominância de interesses econômicos; e (viii) a adoção apresente reais vantagens para o adotando. Precedentes da Terceira Turma.
6. Na hipótese dos autos, consoante devidamente delineado pelo Tribunal de origem: (i) cuida-se de pedido de adoção de criança nascida em 17.3.2012, contando, atualmente, com sete anos de idade;
(ii) a pretensão é deduzida por sua avó paterna e seu avô por afinidade (companheiro da avó há mais de trinta anos); (iii) os adotantes detém a guarda do adotando desde o seu décimo dia de vida, exercendo, com exclusividade, as funções de mãe e pai da criança;
(iv) a mãe biológica padece com o vício de drogas, encontrando-se presa em razão da prática do crime de tráfico de entorpecentes, não tendo contato com o filho desde sua tenra idade; (v) há estudo psicossocial nos autos, atestando a parentalidade socioafetiva entre os adotantes e o adotando; (vi) o lar construído pelos adotantes reúne as condições necessárias ao pleno desenvolvimento do menor;
(vii) o adotando reconhece os autores como seus genitores e seu pai (filho da avó/adotante) como irmão; (viii) inexiste conflito familiar a respeito da adoção, contra qual se insurge apenas o Ministério Público estadual (ora recorrente); (ix) o menor encontra-se perfeitamente adaptado à relação de filiação de fato com seus avós; (x) a pretensão de adoção funda-se em motivo mais que legítimo, qual seja, desvincular a criança da família materna, notoriamente envolvida em criminalidade na comarca apontada, o que já resultou nos homicídios de seu irmão biológico de apenas nove anos de idade e de primos adolescentes na guerra do tráfico de entorpecentes; e (xi) a adoção apresenta reais vantagens para o adotando, que poderá se ver livre de crimes de delinquentes rivais de seus parentes maternos.
7. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1587477/SC*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 27/08/2020)

da família, estipulam como requisito imprescindível para que se permita a adoção conjunta, manterem os adotantes ambiente familiar estável. De que formato se configura essa família é irrelevante, para o fim de admitir o direito à adoção comum. Ao julgar o Recurso Especial 889.852/RS, o Superior Tribunal de Justiça acolheu essa tese:

> DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres

> de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido.[917]

Ainda a solidificar essa conclusão, vale lembrar o fato de a lei permitir que os cônjuges e, por decorrência, os companheiros[918] conjuntamente adotem mesmo que sua relação familiar já esteja desfeita. O § 4º do artigo 42 do ECA admite que os separados ou divorciados promovam a adoção de uma mesma pessoa desde que o estágio de convivência tenha iniciado quando ainda havia convivência conjugal ou de companheirismo e desde que haja acordo sobre a guarda e a visitação do adotado. Isso significa que, como sublinha Maria Berenice Dias, se o ordenamento jurídico não veda a possibilidade de duas pessoas adotarem, ainda que tenham deixado de ser casadas ou não mais vivam em união estável, o que na verdade se faz é autorizar que a adoção conjunta se dê mesmo por casais que não têm qualquer liame legal ou até afetivo.[919] Portanto, negar de antemão ao par homoafetivo que constitui família o direito a uma comum adoção seria uma postura, para além de desprovida de qualquer razão, efetivamente preconceituosa. Afinal, seria dar tratamento diferenciado às situações num ponto em que deveriam ser igualmente disciplinadas. A vedação só deve acontecer nas mesmas condições em que se daria com os casais heteroafetivos, isto é, caso fique comprovado, concretamente, a inviabilidade da medida para atender aos interesses do adotando.[920]

---

917 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 889.852/RS*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010.

918 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, p. 403-404.

919 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 229.

920 Nesse sentido: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais,

Tamanha resistência à concessão de direitos aos pares homoafetivos foi abrandada, felizmente, após o pensamento sedimentado pelo STF, na emblemática decisão havida em 05 de maio de 2011. Ao reconhecer que a união homoafetiva, que atenda aos critérios próprios da entidade familiar, seja assim qualificada, o Supremo Tribunal Federal admitiu que dois homens ou duas mulheres – quando vivem entre si com estabilidade e propósito de constituir família – titularizem todos os direitos derivados da condição de familiares, em paralelo ao que se dá com a união estável. Na interpretação do artigo 1.723 do Código Civil *conforme à Constituição,* os Ministros da Suprema Corte excluíram "qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva."[921]

Nessa linha de raciocínio, não só casais heteroafetivos têm direito de adotar, em conjunto, uma mesma pessoa, mas, igualmente, os homoafetivos. Vazia se tornaria a decisão do STF caso resumida fosse à consideração da causa, com exclusão de seus pertinentes efeitos.[922]

Ainda sobre a adoção conjunta, importa observar a situação real da coparentalidade. Entende-se por coparentalidade, a reunião de duas pessoas que, a despeito de não possuírem vínculo afetivo conjugal entre si, ligam-se para instituírem um vínculo de maternidade e/ou paternidade com um filho em comum. Não há casal, nem conjugalidade, mas o propósito de fazer nascer filiação compartilhada. Dessa forma, a dúvida que emerge é: seria a adoção um recurso disponível para efetivação desse desejo?

A resposta parece ser negativa, a considerar a disciplina legal. A adoção conjunta não é ferramenta hábil a instaurar coparentalidade porque se requer sejam os adotantes cônjuges ou companheiros um do outro. A teor do acima citado § 2º do artigo 42 do ECA, para se adotar, em comum, criança e adolescente é imprescindível que os pretensos pais e/ou as pretensas mães tenham relação atual de conjugalidade. Logo, se isso falta na coparentalidade, afasta-se a opção da adoção.

---

mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70013801592. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 05/04/06. *Diário da Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 12 de abril de 2006).

921 BRASIL. STF. ADI 4.277/DF, Rel. Ministro AYRES BRITO, PLENÁRIO, julgado em 05/05/2011, DJe 13/10/2011. (grifo nosso)

922 Foi isso que levou o Ministro Celso de Mello, três meses após referido julgado, negar provimento ao recurso de agravo interposto por uma filha com o propósito de impedir que o companheiro homoafetivo de seu pai fizesse jus ao benefício previdenciário derivado do falecimento dele: "A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas" (BRASIL. STF. RE. 477.554/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 25/08/2011).

A despeito da regra, vale refletir sobre a circunstância. Dado que a adoção tem por fundamento primordial promover o interesse da criança e do adolescente, por que negá-la na hipótese? Se os adotantes estão engajados num propósito compartilhado de filiação, impedir que se valham da adoção pode ser desarrazoado. Subjaz à norma legal de exigência de conjugalidade a ideia de que os pretensos pais tenham, entre si, relação harmônica e de cumplicidade para um projeto parental comum. Desse modo, se a própria configuração de coparentalidade pressupõe tal emolduração, talvez ela não represente risco ao sucesso da adoção. Ao revés, afastada, de pronto, a conjugalidade do casal, e resumido o vínculo ao filho, quiçá a parceria dos pais e/ou mães seja ainda mais efetivo e eficiente. A dissociação entre sexualidade e reprodução desafia pensar que conjugalidade pode ser prescindível quando o propósito é filial. Nessa linha de raciocínio, pode-se citar, por fim, o § 4º do mesmo artigo 42 do ECA, segundo o qual pessoas cuja conjugalidade já tenha existido e tenha findado (divorciados, separados e ex-companheiros) podem adotar conjuntamente. Para tanto, ainda que se exija que o estágio de convivência tenha ocorrido quando ainda os pais estavam juntos, a norma destaca que relevante é que o casal acorde sobre a guarda, o regime de convivência e que os vínculos de afetividade com a criança sejam comprovados.

Em matéria de adoção unilateral, é importante salientar a hipótese de o(a) companheiro(a) ou cônjuge tornar-se adotante do filho do outro. Essa é uma prerrogativa normativamente concedida a tais pessoas e tem a peculiaridade de manter intacta a relação parental preestabelecida. Dito de outra forma, o(a) companheiro(a) ou cônjuge pode escolher adotar o filho exclusivo do outro e, se assim proceder, embora tal adoção crie para este último nova relação filial, não prejudica a maternal ou a paternal previamente fixada. O adotando que, até a adoção, era filho apenas de um dos componentes do casal, deverá se tornar de ambos.

A despeito desses efeitos serem específicos para essa circunstância adotiva, as providências processuais necessárias são as mesmas exigidas para qualquer hipótese de adoção. Isso significa, por exemplo, que se o adotando tiver outro ascendente registral – além daquele que se encontra casado ou vivendo em união estável com o pretenso adotante –, será preciso, nos moldes legais, a destituição do seu poder familiar ou a obtenção do seu consentimento favorável à adoção.

Cumpre destacar que a adoção unilateral é uma das hipóteses que dispensa inscrição prévia do interessado no Cadastro Nacional de Adoção. É assim porque a circunstância conta com convivência previamente estabelecida entre adotante e adotado, de forma a permitir que já esteja estabelecido vínculo de afetividade entre eles, a recomendar o advento da filiação. Dessa mesma forma, o artigo 50, §13, do ECA, entende prescindível o cadastro: quando o pedido de adoção for formulado por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; e por quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou de um dos crimes previstos no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

A sentença que decreta a adoção gera seus efeitos regulares após o trânsito em julgado. A partir desse momento, está instituído um novo vínculo de parentesco

ao adotado, desligando-o definitivamente dos seus familiares originais, salvo para fins de impedimento matrimonial. Não resta qualquer direito do adotado para com eles e vice-versa, como poder familiar, alimentos e herança. Como tais efeitos são provenientes da relação parental, eles se extinguirão em relação aos familiares registrais, advindo, no entanto, em relação aos novos parentes oriundos da adoção.

Como a partir da Constituição Federal de 1988 apenas existe a adoção plena, os elos parentais criados por ela não se resumem aos adotantes e ao adotado, mas se estendem a todos os parentes daqueles e aos descendentes deste último. Se o adotado tiver filhos, netos etc., eles também se tornarão familiares dos adotantes.

A alteração familiar promovida pela adoção será devidamente transferida para o registro civil do adotado, no qual deverá constar o nome do(s) adotante(s) como pai e/ou mãe e dos pais deste(s) como avós. Na oportunidade, também a substituição do patronímico da família anterior pelo da nova família será feita e, caso o adotado seja menor, poderá sofrer mudança de prenome, se assim solicitar(em) o(s) adotante(s) ou o adotando. Caso a modificação de prenome seja requerida pelo(s) adotante(s), é obrigatória a oitiva do adotando. A Lei nº 12.010/09 trouxe a obrigatoriedade não só da oitiva do adotado, acerca dessa alteração nominal, mas, sobretudo, o respeito à sua vontade.[923]

Todo esse procedimento será estritamente sigiloso, sendo vedado constar qualquer observação sobre a natureza adotiva do ato, em respeito à igualdade constitucional dos filhos, sediada no artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988. Fica, no entanto, aberta a possibilidade de se prestar certidão como medida imprescindível a salvaguardar direitos, desde que haja requerimento fundamentado[924] e judicialmente aceito.

Para além dessa via, mediante as adequações trazidas ainda pela Lei nº 12.010/09, ficou garantido, expressamente, o direito do adotado ao conhecimento da sua origem biológica e, para tanto, assegurou-lhe o acesso ao seu processo de adoção.[925] O ECA passou a assim prever:

---

923 O ECA passou a ter as seguintes regras: "Art. 47. [...] § 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome. § 6º Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei."
"Art. 28. [...] § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência."

924 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 405.

925 Nesse ponto, vale relembrar as observações feitas no tópico dedicado à diferenciação do direito à origem genética em relação ao direito de filiação (item 11.2). Mesmo que tais direitos não se confundam e que a satisfação do primeiro não requeira a ciência da identidade dos genitores, há situações nas quais se mostra impraticável comunicar ao sujeito sua herança biológica sem lhe revelar quem sejam seus ascendentes. A circunstância da adoção é, exatamente, uma dessas hipóteses.

> Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.
> Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

A decisão judicial que concede a adoção é naturalmente constitutiva, mas pode assumir feição declaratória na circunstância de o adotante falecer no curso do processo. Nesse caso, os efeitos retroagirão à data do óbito, visto que, a partir de então, não tendo mais personalidade o adotante, soaria intrigante torná-lo pai ou mãe.[926]

Finalmente, o ordenamento jurídico ainda permite a adoção internacional, compreendendo algumas especificidades de ordem procedimental e algumas peculiaridades relativas ao estágio de convivência dos envolvidos. Este deverá acontecer, necessariamente, em território nacional e deve durar – após as alterações da Lei nº 13.509/17 – no mínimo trinta dias e, no máximo 45 dias, podendo este período ser prorrogado uma única vez mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.[927]

O procedimento previsto para a adoção internacional foi completamente reformulado com a Lei nº 12.010/09. De maneira detalhada, os artigos 52, 52-A, 52-B, 52-C e 52-D do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem as novas regras procedimentais para a efetivação da adoção internacional, que passou a ser taxativamente considerada alternativa excepcional a garantir o direito à convivência familiar do público infanto-juvenil. O ECA passou a apresentar vários dispositivos normativos[928] uníssonos ao determinar que tão somente se concederá

---

926 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

927 Lei nº 8.069/90. "Art. 46. [...] § 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)"

§ 3º -A. Ao final do prazo previsto no § 3 o deste artigo, deverá ser apresentado laudo fundamentado pela equipe mencionada no § 4 o deste artigo, que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 5º O estágio de convivência será cumprido no território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente, ou, a critério do juiz, em cidade limítrofe, respeitada, em qualquer hipótese, a competência do juízo da comarca de residência da criança. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

928 Lei nº 8.069/90. "Art. 50. [...] § 6º Haverá cadastros distintos para pessoas ou casais residentes fora do País, que somente serão consultados na inexistência de postulantes nacionais habilitados nos cadastros mencionados no § 5º deste artigo. [...] § 10. A adoção internacional somente será deferida se, após consulta ao cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção, mantido pela Justiça da Infância e da Juventude na comarca, bem como

aos estrangeiros a adoção de crianças e adolescentes brasileiros quando não houver nacionais hábeis, tanto no Brasil quanto no exterior. Noutras palavras, os adotantes brasileiros que satisfizerem todas as condições exigidas sempre serão preferidos aos estrangeiros, residam em território nacional ou alienígena.

## 11.4 Parto anônimo

O que se convencionou denominar de parto anônimo representa um instituto jurídico que se pretende instalar no ordenamento nacional sob o propósito de desestimular e, assim, diminuir o abandono precário de recém-nascidos. Trata-se de uma ideia disseminada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) que tem, por contexto e justificativa, a frequência de casos que vêm sendo noticiados pela mídia em que crianças são deixadas em condições comprometedoras da sua própria subsistência[929] – como em rios, latas de lixo, caixa de sapato etc.[930] – em

---

aos cadastros estadual e nacional referidos no § 5º deste artigo, não for encontrado interessado com residência permanente no Brasil." "Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no Artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999. § 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado: I - que a colocação em família substituta é a solução adequada ao caso concreto; II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros mencionados no art. 50 desta Lei; III - que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. § 2º Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro. § 3º A adoção internacional pressupõe a intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal em matéria de adoção internacional."

929 Justificativa do Projeto de Lei nº 3.220/08. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?observatorio&proposicoes&p=11. Acesso em: 20 jun. 2009.

930 "Apenas nos anos de 2006 e 2007 foram noticiados pela mídia vários casos de recém-nascidos abandonados em condições subumanas. Jogados em lagoas (Letícia - jan./06 - Minas Gerais); em rios poluídos (Michelle - out./07 - Minas Gerais); em riachos (fev./07 - Rio Grande do Sul); na saída de esgotos (nov./07 - Maranhão); boiando em valões, cercados por urubus (fev./07 - Rio de Janeiro); deixados em banheiros de estações de trem (abr./06 - São Paulo); em terrenos baldios, enrolados em toalhas de sangue quase pisoteados por vacas (maio/06 - Minas Gerais); enrolados em sacos plásticos, ainda com cordão umbilical (Vitor Hugo - fev./07 - São Paulo; nov./07 - Rio Grande do Sul; nov./07 - Recife); abandonados em quartos vazios (fev./07 - Sergipe), casas abandonadas (mar./07 - Espírito Santo) ou em escadarias de igrejas (dez./07 - São Paulo); deixados em ferro-velho (maio/07 - Mato Grosso); nas ruas, debaixo de chuva (ago./07 - Paraná); dentro de caixa de sapatos sob frio de 1ºC (ago./07 - Santa Catarina); misturados ao lixo (João Pedro - fev./06 - São Paulo; Ângela - out./07 - São Paulo; bebês gêmeos - maio/06 - Minas Gerais); mortos em armário (out./07 - São Paulo); sob rodas de caminhão (out./07 - Bahia); debaixo de carros (Marcos - out./07 - Bahia); na rua sob folhagens, terra e formigas (Clara - nov./07 - Bahia) ou atropelados dentro de sacolas plásticas (fev./07 - Rio de Janeiro). Dos casos mencionados, poucos sobreviveram, sendo que a maioria morreu em razão dos ferimentos/hemorragias, infecções generalizadas e edemas cerebrais ocasionados pela violência do abandono." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira; SALES, Ana Amélia Ribeiro. Parto em anonimato: uma janela para a vida. *Revista brasileira de direito das*

consequência da negativa à maternidade e maternagem[931] e/ou à paternidade e paternagem de seus ascendentes.

O pretenso instituto se emoldurou a partir das vigas de uma estrutura socialmente verificada no passado universo brasileiro, qual seja a roda dos expostos. Essa estrutura servia tanto à função de permitir que a mãe omitisse sua qualidade, despojando-se do filho, quanto à função de assegurar os direitos da criança, dentre os quais a própria vida.

Segundo explica Fabíola Santos Albuquerque, a roda dos expostos, utilizada até 1950, era um artefato fixado ao muro ou à janela dos conventos, hospitais ou casas de misericórdia, composto por um repartimento cuja abertura ficava exposta, alternativamente, ou ao exterior, ou ao interior. Assim, a interessada poderia, rodando a abertura para si, colocar a criança a partir do lado de fora e, com um giro, conduzi-la às dependências dessas instituições, sem precisar contactar ninguém. Para noticiar que havia deixado uma criança, bastava tocar a campainha ou o sino, geralmente justaposto à estrutura, não sendo, assim, sua identidade revelada.[932] Tratava-se mesmo de uma alternativa a defender a sobrevivência da criança – já que em tais locais recebia cuidados – e a assegurar a quem a abandonou o anonimato da sua maternidade, evitando-lhe sofrer qualquer tipo de recriminação social.

É importante salientar que a repressão coletiva a ser evitada pela abdicante, com a roda dos expostos, não tinha por foco o ato de abandono filial em si. Geralmente, quem se valia desse subterfúgio queria livrar-se da gestação indevida – porque fruto de relacionamento adúltero, por exemplo. O que se pretendia evitar era, de um lado, o ônus de ser negativamente avaliada pela aquisição do estado maternal, nessas condições, e, de outro lado, o ônus de ter o filho taxado de *ilegítimo* – porque obtido fora do casamento. Nesses termos, justificada estava a necessidade de uma estrutura que certificasse o não reconhecimento da identidade da autora do abandono: só assim sua qualidade de mãe seria escondida e só assim a possibilidade de resguardar ao seu filho alguns direitos – por meio da eventual adoção – surgiria.

> O contexto social impunha um rígido comportamento de conduta à mulher, e sua inobservância gerava uma enorme pressão social, gestar um filho na condição de mãe solteira já seria uma desonra e mais grave ainda se fosse fruto de uma relação extra-matrimonial. Fatos que tornavam a mulher indigna da convivência familiar e alvo de discriminação e vergonha no meio social. O ônus era muito alto para criança, pois a esta seria impingida a mácula da quebra da suposta estrutura familiar, aliado

---

*famílias e sucessões,* Porto Alegre/Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, dez./jan. 2008, p.163).

931 Segundo explicação trazida por Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Amélia Ribeiro Sales, maternidade e maternagem são conceitos diversos. Enquanto o primeiro se resume ao aspecto gestacional, de cunho meramente biológico, o segundo representa o liame afetivo, interacional e social entre mãe e filho. Logo, ao abandonar o descendente, a mulher estaria renunciando a esta última relação. (Parto em anonimato: uma janela para a vida. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões,* Porto Alegre/Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, dez./jan. 2008, p.163).

932 ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do Parto Anônimo no Direito brasileiro: avanços ou retrocessos? *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões,* Porto Alegre/Belo Horizonte, n. 1, p. 143, dez./jan. 2008.

> ao fato de sobre ela recair o signo da ilegitimidade ou bastardia da filiação, já que prevalecia na lei civil o estatuto da desigualdade.[933]

A proposta do parto anônimo, no que diz respeito à criança, mantém a meta de conceder-lhe tutela, tal qual a roda dos expostos. Mesmo que hoje não mais haja a categorização filial – o que dispensa a alternativa do abandono como método de resguardo de direitos da criança – persiste a preocupação em evitar que os recém-nascidos sejam deixados em circunstâncias arriscadas a sua sobrevivência ou que sejam expostos ao perigo de serem criados por aqueles que não o desejam. Nesse ponto, os institutos coincidem.

Diferente disso, não há qualquer similitude entre o parto anônimo e a roda dos expostos quanto à proteção destinada à mãe que abandona.[934] A meta jurídica acerca dela é um pouco diversa na proposta atual, em comparação à ocorrência pretérita. Como os parâmetros sociais atuais são diversos dos havidos àquela época, a tentativa de ocultar a gestação indevida não é mais considerada como fator determinante a justificar a proteção jurídica materna. Agora, o que se pretende em relação à mãe renunciante – e, por extensão evidente, ao pai – é assegurar-lhe a liberdade de optar entre a manutenção ou a abdicação desta sua qualidade jurídica, sem que isso prejudique – mas, ao revés, garanta – os direitos da criança. O que se tem em vista é a abdicação eleita, seja por que motivo for. As razões dessa escolha são irrelevantes. O alvo jurídico é acautelar a decisão parental e as consequências que ela traz para a esfera de direitos do filho.

> O que se pretende não é esconder a maternidade socialmente rejeitada, mas garantir a liberdade à mulher de ser ou não mãe do filho que gerou, com amplo acesso à rede pública de saúde. As crianças terão, a partir de então, resguardados o seu direito à vida, à saúde e à integridade e potencializado o direito à convivência familiar.[935]

No Projeto de Lei nº 3.220/08, atualmente arquivado, o IBDFAM parecia considerar por parto anônimo três situações diversas: (i) a de abandono eleito pela mãe antecipadamente, já quando procura o serviço de pré-natal;[936] (ii) aquele só decidido após o nascimento quando ainda a mãe se encontra na instituição de saúde em que este aconteceu;[937] (iii) e, finalmente, aquele realizado pela mera

---

933 ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do Parto Anônimo no Direito brasileiro: avanços ou retrocessos? *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões,* Porto Alegre/Belo Horizonte, n. 1, p. 145, dez./jan. 2008.

934 b ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do Parto Anônimo no Direito brasileiro: avanços ou retrocessos? *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões.* Porto Alegre/Belo Horizonte, n. 1, p. 144, dez./jan. 2008.

935 Justificativa do Projeto de Lei nº 3.220/08. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?observatorio&proposicoes&p=11. Acesso em: 20 jun. 2009.

936 "Art. 3º. A mulher que desejar manter seu anonimato terá direito à realização de pré-natal e de parto, gratuitamente, em todos os postos de saúde e hospitais da rede pública e em todos os demais serviços que tenham convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS) e mantenham serviços de atendimento neonatal."

937 "Art. 2º. É assegurada à mulher, durante o período da gravidez ou até o dia em que deixar a unidade de saúde após o parto, a possibilidade de não assumir a maternidade da criança

deixa da criança em local a ser reservado, nos postos de saúde e hospitais, para seu recebimento externo e sem identificação de quem a deixou.[938]

Tomada a expressão parto anônimo na sua literalidade, a primeira observação que sobressalta, diante do elenco de situações trazidas pela proposta, é a de que o significado do instituto talvez não seja possível em qualquer das três hipóteses. Dito de outra forma, os casos indicados como sendo de parto anônimo parecem não corresponder a sua definição; a ignorância da identidade da mãe não se apresenta plenamente praticável.

Na primeira hipótese, em avesso ao anonimato, é previsível que algum tipo de cadastro da gestante seja necessariamente feito perante o centro de saúde para anotações referentes ao acompanhamento pré-natal. Ainda que tal cadastro possa ser inverídico ou meramente representativo, é inegável que nominada a mãe será. Na segunda hipótese, com muito mais clareza, é possível prever, além do registro da identidade materna, a sua veracidade. Isso porque, se a decisão de entregar a criança só se efetivou após o parto, enquanto a parturiente ainda se encontrava na instituição médica, deduz-se que sua entrada tenha sido documentada com reconhecimento identitário. Já na terceira circunstância, dada a completa ausência de contato entre o(a) autor(a) da entrega e a instituição acolhedora, mesmo sendo previsível o efetivo anonimato, ele não necessariamente corresponderá ao parto em si – que pode ter ocorrido num outro posto de saúde, por exemplo –, mas ao abandono. É desse ato que se desconhecerá a autoria.

Essa crítica generalizada, longe de limitar-se a uma questão de simples inadequação terminológica, é feita porque claramente demonstrativa de uma deficiência de conteúdo do projeto. A substância que se pretende dar ao instituto jurídico intitulado parto anônimo não é coerente com os objetivos que se intenta alcançar com ele. Isso se deve, preponderantemente, ao fato de ele ser apresentado ora como equivalente, ora como sutil variante da roda dos expostos, quando, em verdade, sua justificativa não condiz integralmente com a justificativa desta.

Se o escopo é proteger a escolha procriativa dos pais – em assumir ou não a condição parental – após o nascimento do filho e, ao mesmo tempo, resguardar os direitos deste último no caso de a opção dos ascendentes ser de renúncia, o equívoco do instituto jurídico sugerido é pontual: o anonimato.

Além das alternativas eleitas a fim de preservar o anonimato serem bastante falíveis – como já dito –, o desconhecimento da identidade dos pais do infante entregue não tem qualquer razão de ser em vistas dos fundamentos do parto anônimo. Primeiramente, porque não mais se intenciona evitar qualquer coerção social sobre os ascendentes; logo, é irrelevante serem eles conhecidos

---

que gerou."

938 "Art. 15. Os hospitais e postos de saúde conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS), que mantêm serviços de atendimento neonatal, deverão criar, no prazo de 6 (seis) meses contados da data da publicação da presente lei, condições adequadas para recebimento e atendimento de gestantes e crianças em anonimato.

Parágrafo único. As unidades de saúde poderão manter, nas entradas de acesso, espaços adequados para receber as crianças ali deixadas, de modo a preservar a identidade de quem ali as deixa."

ou desconhecidos. Em segundo lugar, se a proteção do filho entregue se dará por intermédio do futuro acolhimento em família substituta, pela adoção, para esse fim basta que os laços filiais originais sejam desfeitos *e mantidos em segredo*. Dispensável é instalar a ignorância de quem sejam os genitores da criança.

A propósito, a análise do Projeto de Lei nº 3.220/08 acusa a existência de uma confusão dos conceitos de anonimato e sigilo, já que tais termos são usados aleatoriamente.[939] É anônimo o que não tem nome ou o sem identidade. É sigiloso, por sua vez, o que, mesmo identificado, tem sua identificação resguardada em segredo. Em última instância, o reconhecimento que inexiste no anonimato, está necessariamente presente no sigilo.

Emoldurar por anônimo o pretenso instituto é demasiado inútil e, principalmente, problemático. Mais do que uma qualidade dispensável para a entrega do filho, em renúncia ao vínculo paterno e materno-filial, o anonimato pode trazer consequências prejudiciais ao direito do filho em conhecer sua origem genética. E sendo assim, sedia-se uma contradição interna à própria ideia defesa. Como pretender proteger os direitos infantis se o instituto é configurado com previsão de uma característica que compromete um desses direitos? O próprio IBDFAM reconhece isso ao apresentar no projeto prescrições normativas (artigos 5º e 6º) que, ao lado da admissão da entrega anônima, buscam incentivar a mãe a comunicar os seus dados e os do genitor junto à unidade de saúde. O anonimato, então, além de não concentrar valia alguma, é mesmo prejudicial; e isso o torna insustentável.

A despeito disso, se poderia insistir na defesa do caráter anônimo do abandono sob a justificativa de se tratar de um recurso à garantia da irresponsabilidade jurídica dos ascendentes abdicantes. O anonimato seria, assim, um incentivo aos pais para que, ao invés de renunciar ao filho, deixando-o em condições precárias, optem por fazê-lo de uma maneira que assegure a proteção do infante.

O raciocínio advém da crença de que o abandono que coloca a criança em risco é escolhido pelo receio do(a) autor(a) de ser responsabilizado por tal ato, civil e criminalmente, caso o faça de maneira aparente. Ainda que essa lógica seja realmente usada pelos optantes da entrega do filho – o que se admite por hipótese

---

939 "Art. 3º A mulher que desejar manter seu anonimato terá direito à realização de pré-natal e de parto, gratuitamente, em todos os postos de saúde e hospitais da rede pública e em todos os demais serviços que tenham convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS) e mantenham serviços de atendimento neonatal.

Art. 4º A mulher que solicitar, durante o pré-natal ou o parto, a preservação do segredo de sua admissão e de sua identidade pelo estabelecimento de saúde, será informada das conseqüências jurídicas de seu pedido e da importância que o conhecimento das próprias origens e história pessoal tem para todos os indivíduos.

Parágrafo único. A partir do momento em que a mulher optar pelo parto anônimo, será oferecido a ela acompanhamento psicossocial.

Art. 5º É assegurada à mulher todas as garantias de sigilo que lhes são conferidas pela presente lei.

Art. 6º A mulher deverá fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto.

Parágrafo único. Os dados somente serão revelados a pedido do nascido de parto anônimo e mediante ordem judicial." (grifo nosso)

–, ela não pode fundar a tentativa de normatização do parto anônimo porque não condiz com o que já prevê o ordenamento jurídico. Trata-se de uma lenda que merece ser, com urgência até, desconstruída.

A renúncia ao filho e a sua respectiva entrega à adoção não é ato que traga qualquer responsabilidade civil ou penal aos pais. O abandono sim, definido como um despojamento do infante, sem qualquer direcionamento ou cuidado – que geralmente o expõe a riscos – é que representa ilícito. Isso significa que: se os ascendentes abdicarem desta qualidade, conduzindo o filho à adoção, agem corretamente e se isentam de qualquer sanção jurídica; ao revés, se o fizerem por meio do abandono propriamente dito, cometerão delito passível de responsabilização. Note-se, portanto, que a lógica normativa efetivamente existente é exatamente avessa àquela que se supõe considerada no mundo fático. É uma diferença que precisa ser definitivamente esclarecida. Repudiar o filho deixando-o em desamparo para o fim de, mantido o anonimato, resguardar o(a) autor(a) sua isenção é um ato de pura ignorância, de completo desconhecimento legal e, nessa medida, ineficaz à irresponsabilização.

> [...] na atualidade, a mulher já está isenta de qualquer responsabilidade civil ou criminal, caso venha a abrir mão do filho, no hospital ou casa de saúde. Sequer responderá ação de destituição do poder familiar, uma vez que, ao entregar o filho, mediante comparecimento posterior à presença da autoridade judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública (parágrafo único do art. 166 [atual parágrafo 1º, inciso I]), estará abrindo mão do poder familiar, permitindo que o bebê possa ser encaminhado à família substituta, respeitadas as exigências legais, como, por exemplo, a tentativa de localizar os seus parentes, buscando dar eficácia ao art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim reza: 'Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes'.[940, 941]

Por todo o exposto e, especialmente pela última observação, soa possível concluir que o parto anônimo, como configurado pelo Projeto de Lei nº 3.220/08, não apenas é inadequado ao seu propósito como, sobretudo, um instituto jurídico dispensável para alcance das finalidades consideradas. O ordenamento jurídico, tal qual se encontra em vigor, já legitima a entrega da criança a cuja maternidade/maternagem e paternidade/paternagem renunciam os pais, apenas impondo, para tanto, o devido encaminhamento da entrega com a respectiva comunicação à autoridade judiciária. Isso se tornou ainda mais claro após as Leis nº 12.010, de 29 de julho de 2009 e nº 13.257, de 8 de março de 2016, as quais acresceram ao ECA

940 AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SOUZA, Ivone Coelho de. Parto anônimo: uma omissão que não protege. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões,* Porto Alegre/Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, jun./jul. 2008, p. 67.

941 O *caput* do artigo 19 do ECA, mencionado por Maria Regina Fay de Azambuja e Ivone Coelho de Souza na citação, foi alterada pela Lei nº 13.257/2016, passando a ter a seguinte redação: "Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral."

prescrições específicas sobre as gestantes e as mães que pretendam abdicar de seus filhos. A partir de então, a Lei nº 8.069/90, em seus artigos 8º, 13 e 258-B, passou a trazer as seguintes normas:

> Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. *(Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)*
> [...]
> *§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.*
> *§5º A assistência referida no § 4 o deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)*
> Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais. *(Redação dada pela Lei nº 13.010, de 2014)*
> *§ 1º As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)*
> Art. 258-B. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de efetuar imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso de que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção:
> Pena - multa de R$ 1.000,00 (mil reais) a R$ 3.000,00 (três mil reais).
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena o funcionário de programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar que deixa de efetuar a comunicação referida no caput deste artigo.

O problema do abandono de recém-nascidos em condições subsistenciais precárias parece requerer providência muito menos audaciosa que a de instalar mais um instituto jurídico. A solução talvez se obtenha pela simples, mas eficiente, divulgação e concretização do ordenamento jurídico já existente e em vigor. Este, inclusive, foi um dos argumentos adotados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania quando, em sessão ordinária realizada em 24 de maio de 2011, rejeitou, no mérito, o Projeto de Lei nº 2.747/2008, ao qual fora apensado o Projeto de Lei nº 3.220/2008.[942]

---

942 O Deputado Luiz Couto, Relator da Comissão, entre outras argumentações, ponderou que: "Da mesma maneira que o Estado pode divulgar o parto anônimo, poderia criar amplas campanhas contra o abandono nas ruas, publicizando a forma correta de encaminhamento do bebê ao Juizado da Infância e Adolescência." (BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados,* Ano LXVI, nº 098, quarta-feira, 08 de junho de 2011, Brasília. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD08JUN2011.pdf#page=437. Acesso em 22 dez. 2020.)

## 11.5. Jurisprudência sumulada

**STF - Súmula 149**: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança. Data de Aprovação: 13/12/1963.

**STJ – Súmula 383**: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda. Data da Decisão: 27/05/2009.

**STJ – Súmula 301**: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. Data da Decisão: 18/10/2004.

**STJ - Súmula 277**: Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação. Data da Decisão: 14/05/2003.

**STJ - Súmula 99**: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte. Data da Decisão: 14/04/1994.

**STJ - Súmula 1**: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos. Data da Decisão: 25/04/1990.

## 11.6 Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 673 aprovado na IX Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.635: Na ação de destituição do poder familiar de criança ou adolescente que se encontre institucionalizada, promovida pelo Ministério Público, é recomendável que o juiz, a título de tutela antecipada, conceda a guarda provisória a quem esteja habilitado a adotá-lo, segundo o perfil eleito pelo candidato à adoção.

**Enunciado 633 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.597. É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma – por meio da maternidade de substituição, desde que haja o expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira.

**Enunciado 632 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.596. Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos.

**Enunciado 608 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.593 e 1.596. É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local.

**Enunciado 570 aprovado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.607 e 1.609.

O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga “a patre” consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira.

**Enunciado 521 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.606. Qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para propor o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou de qualquer ascendente de grau superior, ainda que o pai não tenha iniciado a ação de prova da filiação em vida.

**Enunciado 520 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.601. O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida.

**Enunciado 519 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.593. O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

**Enunciado 341 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.696. Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.

**Enunciado 339 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.

**Enunciado 273 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 10. Tanto na adoção bilateral quanto na unilateral, quando não se preserva o vínculo com qualquer dos genitores originários, deverá ser averbado o cancelamento do registro originário de nascimento do adotado, lavrando-se novo registro. Sendo unilateral a adoção, e sempre que se preserve o vínculo originário com um dos genitores, deverá ser averbada a substituição do nome do pai ou da mãe natural pelo nome do pai ou da mãe adotivos.

**Enunciado 272 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 10. Não é admitida em nosso ordenamento jurídico a adoção por ato extrajudicial, sendo indispensável a atuação jurisdicional, inclusive para a adoção de maiores de dezoito anos.

**Enunciado 259 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.621: A revogação do consentimento não impede, por si só, a adoção, observado o melhor interesse do adotando.

**Enunciado 258 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.597 e 1.601:

Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

**Enunciado 257 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.597: As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial", constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

**Enunciado 256 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

**Enunciado 111 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.626: a adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

**Enunciado 110 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.621, § 2º: é inaplicável o § 2º do art. 1.621 do novo Código Civil às adoções realizadas com base no Estatuto da Criança e do Adolescente.

**Enunciado 109 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.605: a restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova, não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando.

**Enunciado 108 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.

**Enunciado 107 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.597, IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

**Enunciado 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja

autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

**Enunciado 105 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.597: as expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597, deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida".

**Enunciado 104 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

# 12 Alimentos

Os alimentos, em sentido amplo, compreendem tudo aquilo que é necessário para que uma pessoa tenha uma existência digna. Não se limitam à alimentação, pois uma vida digna requer mais do que isso. Os alimentos devem proporcionar a satisfação das necessidades física, psíquica e intelectual do ser humano.

## 12.1 Fundamentação jurídica

De acordo com a fundamentação jurídica, a obrigação alimentar pode se determinar em razão da lei, da vontade e da prática de um ato ilícito. Tendo em vista a diversidade de tratamento e efeitos, tais alimentos serão estudados separadamente.

## 12.2 Alimentos legítimos

Os alimentos legítimos são aqueles devidos em virtude de uma obrigação legal, estipulados em razão do parentesco ou em decorrência do matrimônio ou da união estável. São esses que se inserem no direito das famílias.

Pontes de Miranda[943] e Lafayette Rodrigues Pereira[944] definem alimentos como tudo o que é necessário ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento de moléstias e, se o alimentário é menor, às despesas de criação e de educação.[945]

---

943 MIRANDA, Pontes de. *Direito de família:* exposição technica e systematica do Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 355.

944 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russel, 2003, p. 295.

945 Limitar o direito a alimentos destinados à educação somente à menoridade é um equívoco, pois os alimentos são devidos em razão do parentesco e não exclusivamente do poder familiar que cessa com a maioridade ou com a ocorrência de alguma das hipóteses previstas no art. 1635 do Código Civil. Nesse sentido: "ALIMENTOS PROVISÓRIOS. MAIORIDADE DO ALIMENTANDO. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR. SUBSISTÊNCIA DA RELAÇÃO DE PARENTESCO. Atingida a maioridade e, consequentemente, cessado o poder familiar, extingue-se a obrigação alimentar dele decorrente, subsistindo, porém, a decorrente da relação de parentesco, desde que quem pretende os alimentos não consiga prover a própria mantença, principalmente se estiver frequentando curso superior ou similar que o prepare para o mercado de trabalho." (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Proc. nº 1.0024.05.737207-0/001(1). Relator: Duarte de Paula, julgado em 29/09/2005. *Diário de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 27 jan. 2006).

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - FILHA MAIOR - BINÔMIO NECESSIDADE/CAPACIDADE. I - A pensão alimentícia judicialmente fixada não é imutável, admitida sua posterior exoneração, redução ou majoração desde que cabalmente comprovadas alterações supervenientes capazes de modificar o binômio necessidade/capacidade. II - Compete àquele que pleiteia a exoneração do pagamento de alimentos o ônus de comprovar a alteração do binômio necessidade (alimentando) e capacidade do (alimentante). III - O fato de a filha maior ter capacidade civil plena, com aptidão para prática dos atos da vida civil, não exonera o pai de auxiliá-la, pois, apesar da extinção do poder familiar (art. 1.635, III, CC/2002), persiste o vínculo de parentesco, sendo salutar a solidariedade entre os familiares. IV - Atingida a maioridade, são devidos os alimentos quando comprovada

Consoante Yussef Said Cahali, "alimentos são, pois, as *prestações devidas*, feitas para que quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)."[946]

Portanto, em sentido amplo, os alimentos não se restringem a atender apenas às necessidades do corpo físico para a sobrevivência, pois a vida digna impõe cuidados também com o espírito.

O próprio indivíduo é o principal obrigado pela sua mantença (utilizando-se dos frutos do seu trabalho e/ou do seu patrimônio). Entretanto, nem todos podem ou têm como fazê-lo, eventualmente, em razão da sua condição de saúde. Somente diante da incapacidade de se manter, o indivíduo pode recorrer ao auxílio de outras pessoas ou até mesmo do Estado. Em contrapartida, alimentar quem não necessita é incentivar o ócio, o parasitismo, o que contraria preceitos éticos e morais, bem como o ordenamento jurídico vigente, já que caracteriza um desrespeito à dignidade dos sujeitos envolvidos.

Em relação ao Estado, ele só é acionado subsidiariamente, pois, em primeiro lugar, está a família como obrigada na prestação de auxílio aos seus entes mais próximos. A Constituição de 1988 (art. 203) estabelece que a assistência social será concedida pelo Poder Público a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. Como forma de efetivar tal preceito, é garantido um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e à pessoa idosa que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.[947] Portanto, o benefício concedido pelo Estado está diretamente ligado à condição de miserabilidade, aliada à ausência de familiares em condições de assistir a pessoa necessitada.

Essa atuação subsidiária do Estado pode ser justificada com o novo modelo familiar, solidificado na Carta de 1988, que impõe o auxílio recíproco entre os seus membros, pois, conforme Cristiano Chaves de Farias, "o escopo precípuo da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo *afeto*, como mola propulsora."[948]

Assim, a família passa a ser analisada como o primeiro instrumento de proteção e desenvolvimento dos membros que a compõem. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino, passa "a ser valorada de maneira instrumental, tutelada à medida em que – e somente à exata medida em que – se

---

pelo alimentando a continuidade de estudos (limitando-se à graduação) e a necessidade de recebimento da pensão, considerando-se, ainda, o tempo razoável para conclusão de curso superior com vistas a se evitar a eternização do dever alimentar. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0105.15.036465-8/001*, Relator(a): Des.(a) Peixoto Henriques, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/04/2019, publicação da súmula em 08/05/2019)

946 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 16.

947 O benefício de um salário mínimo é apenas uma das formas de se efetivar a prestação da assistência social, conforme pode ser constatado na leitura dos artigos 203 e 204 da Constituição Federal de 1988.

948 FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos decorrentes do parentesco. *In:* CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22, grifo do autor.

constitua em núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes."[949]

Dessa forma, de acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira, "busca-se uma família mais livre, [...] com uma vivência mais solidarista, em que cada qual pensa e vive a família como resposta às suas aspirações de desenvolvimento pessoal, mas também com base na ajuda mútua e no diálogo."[950]

O ser humano não existe, coexiste. Porque social, a pessoa humana é levada à solidariedade. É levada a se preocupar com e se responsabilizar pelo outro, na medida em que esse outro é condição de sua própria existência.

Por isso, o direito fundamental de todos à defesa de sua dignidade engloba, impreterivelmente, o dever de cooperação com o outro. Nessa feita, muito bem delineada se mostra a sistemática constitucional brasileira. Ao incluir a solidariedade como objetivo da República, transforma-a em *dever jurídico*. Isto é muito importante porque, se antes a solidariedade era considerada apenas como fato social ou valor, ficando a critério de cada pessoa exercê-la ou não, agora ela passa a ser exigível.

Tomando por base essa premissa, evidencia-se, portanto, que um dos fundamentos da obrigação alimentar se encontra no princípio da solidariedade familiar. Tal princípio decorre do dever de assistência, que é recíproco, entre as pessoas que possuem vínculo familiar de parentesco, casamento ou companheirismo.

A Constituição Federal de 1988 também assegura, como direito fundamental, a vida. Como não é possível viver sem recursos materiais, os alimentos são estipulados justamente para atender esse dever de assistência material. Tais alimentos devem ser determinados para atender às necessidades que garantam o direito fundamental à vida de forma ampla, estabelecendo-se, na medida do possível, os alimentos de acordo com a condição social de cada indivíduo.

O caráter assistencial dos alimentos é evidenciado na medida em que não devem servir para enriquecer o alimentário, mas para assisti-lo na conservação de uma vida digna em sociedade.

Assim, é com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e familiar, que o caráter patrimonial[951] *sui generis* dos alimentos deve ser estudado, já que a sua natureza é de cunho essencialmente assistencial, pois visa a proporcionar à pessoa necessitada as condições materiais para uma existência digna.

Podem reclamar alimentos entre si os cônjuges, os companheiros e os parentes. Os parentes na linha reta não sofrem limitação quanto ao grau. Entretanto, na linha colateral, só há obrigação alimentar entre os parentes até o segundo grau apenas, ou seja, entre irmãos. Entre tios e sobrinhos ou entre primos não há obrigação alimentar, de acordo com o ordenamento jurídico vigente (art. 1.697 do

---

949 TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos de Direito Civil:* Direito de Família. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 3. *E-book*.

950 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34.

951 Por ser uma prestação de cunho econômico exigível do alimentante em favor do alimentário.

CC/02), embora o artigo 1.839 do Código Civil preveja direito sucessório entre as referidas pessoas.

O vínculo de afinidade por si só não gera obrigação alimentar[952]. Portanto, entre sogro(a) e nora, sogro(a) e genro, padrasto e enteado(a), madrasta e enteado(a) ou entre cunhados não há que se falar, por força do vínculo jurídico de afinidade existente, em alimentos legítimos. No entanto, tendo em vista situações específicas, conforme já trabalhado no Capítulo 5 desta obra, é possível que, além do vínculo jurídico de afinidade, se desenvolva entre algumas dessas pessoas um vínculo filial socioafetivo que poderá gerar o parentesco. Nesses casos, não em razão do vínculo de afinidade, mas em razão do parentesco socioafetivo, será possível o estabelecimento de uma obrigação alimentar.[953] É o que preceitua o Enunciado 341 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.696. Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar."

O montante da prestação alimentícia deve ser estipulado de acordo com a necessidade do alimentário e a capacidade do alimentante. Portanto, não há um critério objetivo para a fixação do valor da pensão alimentícia, o binômio necessidade/possibilidade é o único referencial estabelecido em lei.[954] A possibilidade, elemento que compõe o referido binômio, não tem sido estritamente vinculada à alegação

952 No direito civil argentino, a afinidade gera dever de alimentos entre aqueles que estejam vinculados em primeiro grau, conforme prescrição do artigo 538 do Codigo Civil Y Comercial de La Nación: "ARTICULO 538. - Parientes por afinidad. Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos los que están vinculados en línea recta en primer grado." Artigo 538: Parentes por afinidade. Entre os parentes por afinidade unicamente se devem alimentos os que estejam vinculados em linha reta em primeiro grau. (tradução nossa).

953 Em sentido contrário, Maria Berenice Dias apresenta tese que sustenta a possibilidade de invocar o vínculo de afinidade, independentemente da socioafetividade: "Também possível o *enteado* buscar alimentos do ex-cônjuge ou ex-companheiro do seu genitor. Não é necessária a existência de uma filiação socioafetiva ou a posse de estado de filho. Ainda que se trate de responsabilidade subsidiária e complementar, não se pode negar que exista. (...). Ao menos em circunstâncias excepcionais, quando não houver parentes consanguíneos ou civis, ou restar evidenciado que eles não dispõem de recursos para auxiliar, cabe apelar ao vínculo de afinidade. A tese é nova, não aceita pela jurisprudência, mas que é defensável, é. Já está sendo referendada pela doutrina. Tanto na hipótese dos alimentos entre colaterais de terceiro e quarto graus, quanto no caso dos alimentos entre parentes por afinidade. O fundamento justificador da imposição é, sem dúvida, a solidariedade familiar. Para que serve um parente senão para ser solidário com o outro nos momentos de necessidade?" (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 812, grifo da autora)

954 Diante da dificuldade de se comprovar a real possibilidade do alimentante, muitas vezes criada por ele próprio, tem-se admitida a utilização da chamada *teoria da aparência*, conforme pode ser verificado a seguir: "AÇÃO DE ALIMENTOS. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO. BINÔMIO NECESSIDADES DA ALIMENTADA, POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE - AUSÊNCIA DE PROVA CONCLUSIVA DOS RENDIMENTOS - INDÍCIOS - TEORIA DA APARÊNCIA. Não havendo provas conclusivas da rentabilidade do alimentante, mas existindo indícios que demonstram sua fortuna, e considerando ainda que esta estimativa pode ser feita com base em ganhos ou rendimentos presumidos pela natureza de sua atividade econômica, pode o 'quantum' alimentar ser fixado em razão de tais indicadores, valendo-se do entendimento ditado pela chamada 'teoria da aparência'." (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Proc. n. 1.0000.00.322265-0/000(1). Relator: Sérgio Braga, julgado em 19/05/03. *Diário de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 24 out. 2003).

feita pelo devedor, admitindo-se a análise de sinais exteriores que denotem sua possibilidade de prestar os alimentos, contrariando as, muito comuns, alegações de escassas possibilidades.[955] De acordo com o Enunciado 573, aprovado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, "na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza."

### 12.2.1 Características dos alimentos legítimos

Por ser condição da própria existência da pessoa, os alimentos e a respectiva obrigação alimentar possuem características próprias, algumas distintas das demais obrigações civis. De um modo geral, as características dos alimentos e da obrigação alimentar refletem a natureza assistencialista do instituto, já que visam à preservação da vida do alimentário, merecendo, portanto, um tratamento privilegiado. As principais características, que serão explicitadas nas seções a seguir, são: direito personalíssimo, incessível, incompensável, impenhorável, variabilidade, reciprocidade, alternatividade das prestações, irrenunciabilidade, irrestituibilidade, divisibilidade, imprescritibilidade e transmissibilidade sucessória *sui generis* da prestação.

#### 12.2.1.1. Direito personalíssimo, incessível, incompensável e impenhorável

O vínculo existente entre o alimentante e o alimentário é pessoal (*intuitu personae*), haja vista que a constituição da obrigação alimentar leva em conta apenas as pessoas do alimentante e do alimentário e o respectivo vínculo jurídico existente entre eles.

---

955 Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios manifestou-se: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. TEORIA DA APARÊNCIA. EXISTÊNCIA DE OUTRAS FONTES DE RENDA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ISONOMIA ENTRE FILHOS. SITUAÇÃO FÁTICA DIFERENCIADA. INAPLICABILIDADE. MANUTENÇÃO DO VALOR ARBITRADO. 1. Na fixação de alimentos, o julgador deve avaliar as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentando. 2.A aplicação da teoria da aparência, para fins de fixação de alimentos somente é cabível quando estiver devidamente comprovada a exteriorização de sinais de situação financeira diversa da alegada pelo alimentante, fazendo presumir a capacidade de prestar alimentos em patamar compatível com o padrão de vida omitido. 3.O princípio constitucional da isonomia entre a prole, previsto no parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal, não impõe, por si só, o reconhecimento do direito à percepção de alimentos em percentual idêntico entre os filhos de um mesmo alimentante. 4.Evidenciado que os elementos de prova juntados aos autos não se mostram suficientes para demonstrar que o réu/apelado possua outras fontes de renda, mostra-se impositiva a manutenção do valor dos alimentos fixado na r. sentença, quando devidamente observado o equilíbrio entre a capacidade financeira do alimentante e as necessidades do alimentando. 5.Recurso de Apelação conhecido e não provido. (DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 20160910099056APC - (0009714-29.2016.8.07.0009 - Res. 65 CNJ) (Segredo de Justiça).* 8ª Turma Cível. Relatora: Des. Nídia Corrêa Lima. Julgado em 17/08/2017. Publicação: 31/08/2017).

É diante dessa pessoalidade que a titularidade do direito a alimentos não pode ser transferida nem cedida a outrem, pois tem como objetivo preservar o direito à vida de quem necessita. A compensação do crédito alimentar também é vedada.[956] Pelo mesmo motivo e pela natureza do direito, os alimentos também não podem ser penhorados, pois são destinados à mantença do necessitado, por isso não podem responder por suas dívidas.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, "essas proibições legais visam garantir a preservação da vida do alimentando, possibilitada materialmente pelo pagamento da pensão alimentícia."[957]

Entretanto, admite-se a penhora sobre os valores decorrentes de prestações vencidas e não pagas que tenham perdido o caráter de sobrevivência,

---

956 RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA SOB O RITO DO ART. 733 DO CPC - LIMITES DA MATÉRIA DE DEFESA DO EXECUTADO E LIQÜIDEZ DOS CRÉDITOS DESTE - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - COMPENSAÇÃO DE DÍVIDA ALIMENTÍCIA - POSSIBILIDADE APENAS EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, COMO *IN CASU* - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. É inviável, em sede de recurso especial, o exame de matéria não pré-questionada, conforme súmulas ns. 282 e 356 do STF. 2. Vigora, em nossa legislação civil, o princípio da não compensação dos valores referentes à pensão alimentícia, como forma de evitar a frustração da finalidade primordial desses créditos: a subsistência dos alimentários. 3. Todavia, em situações excepcionalíssimas, essa regra deve ser flexibilizada, mormente em casos de flagrante enriquecimento sem causa dos alimentandos, como na espécie. 4. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n 982.857/RJ. Relator: Min. Massami Uyeda, julgado em 18/09/08. *Diário de Justiça*, Brasília, 03 out. 2008).

A flexibilização da regra da incompensabilidade mencionada na transcrição acima, ficou evidenciada no julgamento do Recurso Especial 1501992/RJ, no qual se analisou a dedução de despesas pagas *in natura* da pensão alimentícia que havia sido fixada em pecúnia. Na oportunidade, de acordo com o Informativo nº 624, de 18/05/2018, a Terceira Turma do STJ relativizou a regra da vedação à compensação do crédito alimentar a fim de que não se verificasse o enriquecimento sem causa do credor:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO FIXADA EM PECÚNIA. ABATIMENTO DE PRESTAÇÃO "IN NATURA". POSSIBILIDADE. PAGAMENTO DE ALUGUEL, TAXA DE CONDOMÍNIO E IPTU DO IMÓVEL ONDE RESIDIA O ALIMENTADO. DESPESAS ESSENCIAIS. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO. 1. Controvérsia em torno da possibilidade, em sede de execução de alimentos, de serem deduzidas da pensão alimentícia fixada exclusivamente em pecúnia as despesas pagas "in natura" referentes a aluguel, condomínio e IPTU do imóvel onde residia o exequente. 2. Esta Corte Superior de Justiça, sob o prisma da vedação ao enriquecimento sem causa, vem admitindo, excepcionalmente, a mitigação do princípio da incompensabilidade dos alimentos. Precedentes. 3. Tratando-se de custeio direto de despesas de natureza alimentar, comprovadamente feitas em prol do beneficiário, possível o seu abatimento no cálculo da dívida, sob pena de obrigar o executado ao duplo pagamento da pensão, gerando enriquecimento indevido do credor. 4. No caso, o alimentante contribuiu por cerca de dois anos. De forma efetiva, para o atendimento de despesa incluída na finalidade da pensão alimentícia, viabilizando a continuidade da moradia do alimentado. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1501992/RJ*. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 20/03/2018, Brasília, 20 abr. 2018).

957 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. *In*: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

transformando-se em crédito comum, bem como sobre os bens adquiridos com a verba alimentar, já que o foram sem prejuízo do próprio sustento.[958] [959]

O caráter personalíssimo, tanto do direito a alimentos quanto da constituição da obrigação alimentar, leva, ainda, a sua intransmissibilidade *causa mortis*, terminando juntamente com o falecimento do alimentário ou do alimentante.

Assim, na hipótese da morte do alimentário, os seus herdeiros não podem pedir, em nome dele, o estabelecimento da pensão alimentícia, já que tal verba só pode ser constituída para atender às necessidades pessoais do alimentário em vida. Logo, igualmente será cessada a obrigação alimentar porventura constituída, porque foi estipulada para preservar a sobrevivência – não mais possível – do alimentário. Os herdeiros só podem cobrar o valor correspondente às prestações alimentares vencidas e não pagas, pois se trata, nesse caso, de um direito já adquirido pelo alimentário e que será considerado crédito da herança.[960]

---

958 BRUM, Jander Maurício. *Comentários à lei de alimentos*. Rio de Janeiro: AIDE, 1997, p. 43.

959 Neste mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que "é possível penhorar valores acumulados, isto é, de prestações vencidas e não pagas que tenham perdido o caráter de sobrevivência, transformando-se em crédito comum." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 274, *E-book*.)

960 Em sentido contrário: RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS FIXADOS IN NATURA. SUPERVENIÊNCIA DA MORTE DO ALIMENTANDO. DIREITO AOS ALIMENTOS CONCEBIDO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE DO ALIMENTANDO, DO QUE DECORRE SEU VIÉS PERSONALÍSSIMO. INTRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO AOS ALIMENTOS (AINDA QUE VENCIDOS) AOS SUCESSORES DO ALIMENTANDO. EXAURIMENTO DA FINALIDADE DOS ALIMENTOS. PRESERVAÇÃO DE EVENTUAL PRETENSÃO DA GENITORA PARA A REPARAÇÃO DOS GASTOS EVENTUALMENTE DESPENDIDOS EM FAVOR DO ALIMENTÁRIO QUE ERAM DE OBRIGAÇÃO DO ALIMENTANTE, PROPORCIONANDO-LHE ENRIQUECIMENTO DEVIDO. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Em conformidade com o direito civil constitucional que preconiza uma releitura dos institutos reguladores das relações jurídicas privadas, a serem interpretados segundo a Constituição Federal, com esteio, basicamente, nos princípios da proteção da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia material, o direito aos alimentos deve ser concebido como um direito da personalidade do indivíduo. Trata-se, pois, de direito subjetivo inerente à condição de pessoa humana, imprescindível ao seu desenvolvimento, à sua integridade física, psíquica e intelectual e, mesmo, à sua subsistência. 2. Os alimentos integram o patrimônio moral do alimentando, e não o seu patrimônio econômico, ainda que possam ser apreciáveis economicamente. Para efeito de caracterização da natureza jurídica do direito aos alimentos, a correlata expressão econômica afigura-se in totum irrelevante, apresentando-se de modo meramente reflexo, como sói acontecer nos direitos da personalidade. 3. Do viés personalíssimo do direito aos alimentos, destinado a assegurar a existência do alimentário e de ninguém mais, decorre a absoluta inviabilidade de se transmiti-lo a terceiros, seja por negócio jurídico, seja por qualquer outro fato jurídico. 4. A compreensão de que o direito aos alimentos, especificamente em relação aos vencidos, seria passível de sucessão aos herdeiros do alimentário (credor dos alimentos), além de se apartar da natureza destes, de seu viés personalíssimo e de sua finalidade, encerra uma inadequação de ordem prática insuperável, sem nenhum respaldo legal. 5. A partir do óbito do credor de alimentos, o conflito de interesses remanescente não mais se relaciona com os alimentos propriamente ditos, já que não se afigura possível suceder a um direito personalíssimo. Remanesce, eventualmente, a pretensão da genitora de, em nome próprio, ser ressarcida integralmente pelos gastos despendidos no cuidado do alimentando que eram da responsabilidade do genitor, propiciando-lhe um enriquecimento sem causa. 6. Extinta a obrigação alimentar por qualquer causa (morte do alimentando, como se dá in casu; exoneração do alimentante, entre outras), a genitora não possui legitimidade para prosseguir na execução de alimentos (vencidos), seja na condição de herdeira, seja em nome próprio,

Também na hipótese da morte do alimentante, cessa o direito a alimentos, pois o alimentário não poderá acionar os herdeiros do alimentante para a constituição de uma obrigação alimentar, já que tal direito é personalíssimo. Nem a obrigação alimentar já constituída transmite-se automaticamente aos herdeiros do alimentante. Mesmo que possuam patrimônio suficiente, os herdeiros do alimentante não podem ser responsabilizados diretamente pelo pagamento da referida obrigação, pois foi estipulada de acordo com as possibilidades do alimentante e o respectivo vínculo jurídico existente com o alimentário.

No entanto, conforme será demonstrado adiante, nada impede que os herdeiros do alimentante, desde que haja patrimônio suficiente deixado por ele, sejam obrigados a cumprir uma obrigação de prestar alimentos anteriormente constituída, ou seja, a obrigação de prestar alimentos pode ser transmitida nos limites das forças da herança (art. 1.700 do CC/02).

### 12.2.1.2. Variabilidade

A variabilidade funda-se no fato de que, ainda que persistente a causa jurídica (o vínculo familiar) e inescusável o dever alimentar, as dimensões do binômio necessidade-possibilidade se modificam, porque são concretas. Portanto, enquanto determinantes do *quantum* da pensão alimentícia, uma vez variando, faz também variar o valor devido. É o que estabelece o artigo 1.699 do Código Civil: “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.”

Não obstante a variabilidade prevista no artigo 1.699 do Código Civil e a redação equivocada do artigo 15 da Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos), a sentença proferida em ação de alimentos produz coisa julgada material. Por ser uma relação jurídica continuativa a estabelecida entre alimentante e alimentário, a alteração só é possível diante de uma nova situação capaz de afetar o binômio necessidade/possibilidade. Assim, se não houver mudança na situação de quem paga e/ou na situação de quem recebe, a decisão que fixou os alimentos não pode ser modificada, pois incide, nesse caso, a coisa julgada material.[961]

---

por sub-rogação. 7. A intransmissibilidade do direito aos alimentos, como consectário de seu viés personalíssimo, amplamente difundido na doutrina nacional, tem respaldo do Código Civil que, no seu art. 1.707, dispôs: “pode o credor [de alimentos] não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. O Código Civil de 2002, em relação ao direito aos alimentos, não inovou quanto à sua intransmissibilidade. 8. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1681877/MA*. Terceira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 19/02/2019, Brasília, 25 fev. 2019).

961 AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS. FILHO MENOR FIXADOS ANTERIORMENTE EM 1,5 SALÁRIO MÍNIMO, REDUZIDOS PARA 80% DO SALÁRIO MÍNIMO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO PARA 50% DO SALÁRIO MÍNIMO. DESCABIMENTO. OUTRA FILHA. DESEMPREGO. ANÁLISE DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA. CONCLUSÃO Nº 37 DO CENTRO DE ESTUDOS DO TJRS. CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. CARÁTER CONTINUATIVO DA PRESTAÇÃO. São presumidas as necessidades do filho menor, devendo os alimentos ser

### 12.2.1.3. Reciprocidade

O artigo 229 da Constituição de 1988 estabelece que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."

A reciprocidade foi tratada de maneira mais ampla no Código Civil, já que o artigo 1.696 determina que "o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros."

Significa dizer que o devedor da pensão alimentícia de hoje poderá ser o credor de amanhã. Os integrantes da relação jurídica de direito material alimentar estão reciprocamente obrigados a prestar alimentos uns aos outros. Tal característica também se estende aos cônjuges e aos companheiros face ao princípio da solidariedade familiar.[962]

A reciprocidade do direito alimentar provém da própria reciprocidade do vínculo familiar, sua causa jurídica. "C" é parente de "D" tanto quanto "D" é parente

---

fixados na proporção das necessidades do alimentando e dos recursos da pessoa obrigada. Autoriza-se o redimensionamento do encargo alimentar quando demonstrada prova efetiva e suficiente de alteração da possibilidade do alimentante e/ou das necessidades do alimentando. Observância ao binômio alimentar de que trata o § 1º do art. 1.694 do código civil. Ausente prova efetiva da alegada impossibilidade do alimentante, a justificar a redução da obrigação alimentícia fixada na origem, impossibilita-se a minoração pretendida. "Em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado." - conclusão nº 37 do centro de estudos do TJRS. Hipótese em que a verba alimentar foi estabelecida anteriormente em 1,5 salário mínimo, sendo reduzida para 80% do salário mínimo, quando postulada a redução na origem, percentual que se mostra adequado, sendo indevida a pretensão de redução para 50% do salário mínimo. Arbitramento em valor condizente às necessidades presumidas do alimentando, que não pode ser prejudicado pelo advento do desemprego, ou mesmo pela existência de outro filho. *As sentenças proferidas em ações de alimentos trazem ínsita a cláusula rebus sic stantibus, não sendo imutável o quantum fixado, pois, sobrevindo mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, possibilitam-se exoneração, redução ou majoração do encargo, impedindo o caráter continuativo da prestação a formação da coisa julgada material*. Inteligência do art. 1.699 do código civil. Precedentes do TJRS. Agravo de instrumento desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento, Nº 70084475151*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em: 31-08-2020)

962 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. ALIMENTOS PROVISÓRIOS AO CÔNJUGE VIRAGO. TRINÔMIO NECESSIDADE - POSSIBILIDADE - RAZOABILIDADE. A obrigação de alimentar é recíproca entre cônjuges, companheiros e parentes conforme preconizam os arts. 1.694 e 1.696 do Código Civil brasileiro. O dever de assistir é mútuo, a depender das necessidades de um e das possibilidades do outro, de modo que, a reciprocidade tem claro fundamento no dever de solidariedade. Agravante tem 42 anos de idade e foi o fato de estar em idade produtiva, que ensejou o indeferimento do pedido de alimentos provisórios. Ressaltou o magistrado que não há exame pericial que ateste a incapacidade total da autora para exercer qualquer atividade laborativa. Laudo médico comprova que o estado de saúde da agravante é delicado, o que dificulta sua inserção no mercado de trabalho. A fixação da pensão deve ser de forma proporcional aos rendimentos do alimentante, respeitando a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. Alimentos provisórios necessários por um período de até dois anos para que a agravante se recupere e volte ao mercado de trabalho. Reforma da decisão. PROVIMENTO DO RECURSO. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento, Nº 0011616-06.2019.8.19.0000*, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relatora: Teresa de Andrade Castro Neves, Julgado em: 05-02-2020).

de "C" e, assim, "C" tem direito de pleitear alimentos de "D" da mesma forma que "D" tem direito de pleitear alimentos de "C".[963] O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação aos cônjuges e aos companheiros.

### 12.2.1.4. Alternatividade do conteúdo das prestações alimentares

De acordo com artigo 1.701 do Código Civil, "a pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor."[964]

O direito de escolha da forma de pagamento da prestação por parte do alimentante não é absoluto. Pode ocorrer uma incompatibilidade de gênios entre o alimentante e o alimentário que impossibilite a coabitação ou, pode ainda, o referencial de moradia ter sido determinado para o não devedor da pensão alimentícia. Nesses casos, o alimentante não poderá cumprir a obrigação dando hospedagem ao alimentário, devendo o juiz fixar a melhor forma de pagamento da prestação alimentícia.

Assim, de acordo com as circunstâncias de cada caso, a pensão poderá ser paga dando hospedagem ao alimentário ou, não sendo possível ou conveniente, ser descontada em folha de pagamento do obrigado, ser depositada em conta bancária, ser paga contrarrecibo ou até mesmo estipulada *in natura*, ou seja, revertida em cesta básica, roupas, pagamento de escola etc.

### 12.2.1.5 Irrenunciabilidade

A pessoa que não precisa de alimentos atualmente pode não os pleitear, porém, não pode renunciar às pensões futuras, ou seja, não pode renunciar ao direito a alimentos.

Em relação aos parentes, a renúncia ao direito a alimentos sempre foi negada por força do artigo 404 do Código Civil de 1916. Entretanto, em relação aos cônjuges, duas posições contraditórias (uma que não admitia a renúncia e a outra que admitia a renúncia ao direito a alimentos) alternaram-se nos últimos anos.

---

963 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado:* direito de família: direito parental, direito protetivo. Campinas: Bookseller, 2000, v. 9, p. 286.

964 Reitere-se aqui o pensamento já apresentado de que não há razão para restringir a consideração das despesas de educação aos alimentos devidos ao menor. Limitar o direito a alimentos destinados à educação somente à menoridade é um equívoco, pois os alimentos são devidos em razão do parentesco e não exclusivamente do poder familiar que cessa com a maioridade ou com a ocorrência de alguma das hipóteses previstas no art. 1635 do Código Civil.

A Súmula 379 do STF[965] não admite a renúncia. Ocorre que, após a Constituição Federal de 1988, no STJ,[966] consolidou-se o posicionamento em sentido contrário, ou seja, de se admitir a renúncia ao direito a alimentos entre os cônjuges.

O Código Civil de 2002, ao tratar dos alimentos, referiu-se aos parentes, cônjuges e companheiros, sem fazer qualquer distinção e, ao vedar a renúncia,[967] dentro do mesmo subtítulo, também não fez nenhuma ressalva. Assim, é possível concluir que os alimentos passaram a ser irrenunciáveis em qualquer circunstância,[968] podendo o renunciante (cônjuge, companheiro ou parente), quando precisar dos alimentos aos quais renunciou, pleiteá-los, porque a renúncia é nula, pois se efetivou contra a lei.

Sobre esse verdadeiro retrocesso, Zeno Veloso faz a seguinte crítica:

> Não há sentido ou razão para que um cônjuge, pessoa capaz, colocado em plano de igualdade com o outro cônjuge, no acordo de separação amigável, que tem, ainda, de ser homologado pelo juiz, não possa abrir mão de alimentos, fique impedido de rejeitar esse favor, tolhido de renunciar a tal benefício, se possui bens ou rendas suficientes para sua sobrevivência, manutenção, e manter padrão de vida digno, ficando o outro cônjuge à mercê de uma reclamação futura de alimentos, apresentada pelo que, livremente, renunciou à pensão alimentícia, perpetuando-se, numa sociedade conjugal extinta e dissolvida, o dever de mútua assistência que relacionava os consortes durante a convivência matrimonial.[969]

De fato, a irrenunciabilidade só se justifica entre os parentes, pois presente está o caráter permanente do fundamento alimentar, qual seja o parentesco. Afinal, se permanente a causa, também permanente o direito (ainda que potencial) que é seu efeito. Não há como afastar pela simples manifestação de vontade o vínculo familiar e, pois, não há como afastar os respectivos alimentos daquele decorrentes.

Entre os cônjuges e os companheiros, diante da possibilidade de se colocar fim ao vínculo conjugal e de companheirismo, consectário lógico é admitir a renúncia.

---

965 Súmula 379 do STF: “No caso de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.” Data de aprovação: 03/04/1964.

966 “Alimentos – Separação Judicial – Renúncia – É válida e eficaz a cláusula de renúncia a alimentos, em separação judicial, não podendo o cônjuge renunciante voltar a pleitear seja pensionado.” (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Resp 37.151-1/SP. Relator: Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 13/06/1994. *Diário de Justiça*, Brasília, 27 jun. 1994).

967 Código Civil. “Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, [...].”

968 “CIVIL - AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL - HOMOLOGAÇÃO - RENÚNCIA AOS ALIMENTOS PELA CÔNJUGE-VIRAGO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.707 DO CÓDIGO CIVIL. Com o advento do novo Código Civil, não é mais possível renunciar aos alimentos, notadamente quanto ao fato de que não mais se faz distinção em relação a quem tem direito em recebê-los.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Proc. nº 1.0024.04.302766-3/001(1). Relator: Dorival Guimarães Pereira, julgado em 18/12/2004. *Diário de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 17 dez. 2004).

969 VELOSO, Zeno. Direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. *In:* AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60.

### 12.2.1.6. Irrestituibilidade ou irrepetibilidade

Uma vez pagos, os alimentos não são restituíveis.[970] Quem efetuou o pagamento não pode cobrá-los, mesmo que o então alimentário passe a ter condições de restituí-los. Não caracteriza restituição o fato de o atual alimentante, no futuro, vir a pedir alimentos ao alimentário com base em direito próprio. Trata-se, nesse caso, conforme já estudado, da característica de reciprocidade que existe entre o devedor e o credor da pensão alimentícia.

Contudo, cabe alertar que tal característica não é absoluta. Diante, por exemplo, do desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva e da vedação ao enriquecimento sem causa, admite-se a relativização da irrepetibilidade. As decisões a seguir comprovam tal assertiva:

> Tendo a requerida, após o casamento desfeito, instaurada nova sociedade afetiva, impõe-se a exoneração alimentar do devedor para com a alimentada, a teor do art. 1.708 do CC. Se os princípios da boa-fé e da eticidade subjugam a relação pós-matrimônio entre ex-cônjuges, a alimentada tem obrigação de comunicar ao alimentante a cessação de seu crédito alimentício, sob pena de pagamento indevido do devedor para a credora através de ardil que leva ao locupletamento ilícito. Ausente a licitude na conduta da credora, deve ela restituir ao suposto devedor a verba alimentar indevida e ilicitamente recebida ao longo do tempo, a partir da sociedade afetiva que o ex-cônjuge desconhecia. (Santa Catarina. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2004.034220-9 – 4ª Câmara de Direito Civil - Relator: Des. Monteiro Rocha - Data do Julgamento: 05/06/2008. Publicação: DJe 17/07/2008).
>
> Alimentos - Pedido de devolução do que foi pago indevidamente, nos próprios autos da ação de exoneração - Decisão que o rejeitou, de cunho interlocutório, que não fez coisa julgada - Recurso improvido - Alimentos - Repetição de indébito - Varão exonerado de pagar pensão à filha, por decisão transitada em julgado em agosto de 2001, visto contar ela com 26 anos de idade e ser formada em Direito - Descontos cessados somente em abril de 2002 - Princípio da irrepetibilidade que não é absoluto - Direito a repetição reconhecido para que não haja enriquecimento sem causa - Sentença mantida - Recurso improvido. (São Paulo. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 3055394800. 6ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Waldemar Nogueira Filho. Data do Julgamento: 04/10/2007).
>
> Apelação – Ação de Alimentos – Alimentos pagos a maior – Princípio da irrepetibilidade que não é absoluto e pode ser mitigado em prestígio a outros valores constantes na ordem jurídica, notadamente o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e a boa-fé objetiva – Restituição que é possível em caso de má-fé do credor – Ausência de demonstração de má-fé ao amparo da restituição – Recurso improvido.[971]

970 “Alimentos. Irrepetibilidade. Exclusão da paternidade. - Se o alimentante em determinado momento fornece os alimentos, com base na paternidade, não pode, posteriormente, pretender a devolução do que pagou com fundamento em sentença que excluiu a paternidade declarada, nem pode obrigar o alimentado a lhe devolver o que recebeu.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Proc. nº 1.0647.04.045684-8/001(1). Relator: Ernane Fidélis, julgado em 13/12/05. *Diário de Justiça de Minas Gerais,* Belo Horizonte, 27 jan. 2006).

971 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1010617-31.2019.8.26.0068.* 7ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Luiz Antonio Costa. Data do julgamento: 21/08/2020.

## 12.2.1.7 Divisibilidade

A obrigação alimentar não é solidária, mas conjunta e divisível proporcionalmente entre os coobrigados. Assim, se o alimentário não tem pais vivos, mas tem os quatro avós vivos, não cabe a ele escolher de qual avô irá cobrar a totalidade dos alimentos. Aliás, de acordo com o artigo 1.698 do Código Civil, se o alimentário ajuizar a ação contra um dos avós, poderão os demais ser chamados a integrar a lide. Além disso, o fato de os quatro avós integrarem a lide, não significa que o pagamento da pensão deverá ser feito em quatro partes iguais, uma para cada avô. Deverá ser verificada a possibilidade de cada um dos coobrigados e, assim, estabelecer proporcionalmente o valor da pensão alimentícia para cada avô.

A constituição da obrigação alimentar deve respeitar a seguinte ordem: primeiro os ascendentes, depois os descendentes e, por último, os irmãos. A característica da divisibilidade implica também o respeito à regra de que o grau mais próximo exclui o mais remoto. Assim, buscam-se primeiro os ascendentes (os pais, na falta ou impossibilidade, os avós, na falta ou impossibilidade, os bisavós etc.); depois de esgotados os ascendentes, buscam-se os descendentes (os filhos, na falta ou impossibilidade, os netos, na falta ou impossibilidade, os bisnetos etc.); e, por fim, depois de esgotados os ascendentes e os descendentes, os irmãos (unilaterais e germanos).

Dessa forma, somente serão buscados os descendentes, se os ascendentes não puderem pagar a pensão; somente ficarão obrigados os irmãos, se os parentes da linha reta não puderem pagar, sempre respeitando a regra de que o grau mais próximo exclui o mais remoto.

Quanto ao critério de aferição das necessidades do alimentário, é importante deixar claro que, em princípio, a referência deve ser a situação socioeconômica dos seus genitores. Assim, se os pais de um menor têm um padrão de vida de classe média e os avós daquele menor são milionários, a sua necessidade será estabelecida de acordo com as necessidades de um menor de classe média e não de acordo com as necessidades de um menor de classe alta. Essa é a orientação do Enunciado 342 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro dos seus genitores.”

Contrariando o entendimento de ausência de solidariedade na obrigação alimentar, o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/03), em seu artigo 12, estabelece que “a obrigação alimentar é solidária, podendo a pessoa idosa optar entre os prestadores.” Como, de acordo com o artigo 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes, é possível concluir que só em relação à pessoa idosa será possível falar em solidariedade da obrigação

alimentar[972]. Nos demais casos, prevalece a regra de que a obrigação alimentar não é solidária, é conjunta e divisível proporcionalmente entre os coobrigados.

### 12.2.1.8. Imprescritibilidade

O direito a alimentos não prescreve. Sempre que alguém necessitado pedir, não importando quando isso ocorra e preenchidos os pressupostos legais (necessidade, possibilidade e vínculo jurídico entre as partes), o pleito deverá ser atendido.

Entretanto, uma vez constituída a obrigação alimentar, na hipótese de o devedor não pagar e o credor não exigir o seu cumprimento, o direito à ação de cobrança das prestações vencidas, cujo prazo é de dois anos para cada prestação vencida, prescreve.

O Código Civil, no artigo 206 § 2º, dispõe que a pretensão prescreve em dois anos, contados a partir da data em que vencerem as prestações alimentares. Contudo, vale lembrar que a prescrição não flui entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal (art. 197, I, do CC/02) e entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar (art. 197, II, do CC/02).

---

972 Ação regressiva de obrigação alimentar objetivando o Autor o ressarcimento do valor de R$ 38.852,36, correspondente à cota parte de 1/5, de 1/5 da quantia equivalente a 8,15 salários mínimos de alimentos vincendos e enquanto perdurar a obrigação alimentar e de 1/5 de R$ 1.000,00, referentes à última parcela dos alimentos em atraso, além do bloqueio dos imóveis do Réu para garantia da dívida, em razão de acordo homologado por sentença para prestação de alimentos à genitora de ambas as partes. Sentença que julgou procedente o pedido, para condenar o Réu ao ressarcimento de 1/5 da quantia equivalente a 8,15 salários mínimos de alimentos vincendos, bem como do valor de R$ 38.852,36, correspondentes à cota parte de 1/5, e de 1/5 do valor de R$ 1.000,00. Foi, ainda, deferida a tutela antecipada para determinar o bloqueio de dois imóveis para garantia da dívida em questão, dentre as unidades dos apartamentos indicados na petição inicial. Apelação do Réu. Ação de regresso proposta por um dos filhos da beneficiária dos alimentos em face de um de seus irmãos objetivando o ressarcimento do valor correspondente à cota parte do Réu. *Artigo 12 da Lei 10.741/2003 que, diante da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, conferiu-lhes a faculdade de optar entre os coobrigados, ressalvada a possibilidade de ajuizamento de ação regressiva de cobrança em face dos demais devedores solidários.* Precedente do STJ. Procedimento adotado pelo Apelado, ao ajuizar a presente ação de regresso, que não se mostra equivocado por não ter o Apelante participado da transação, sendo o meio adequado para que o Apelante discutisse a questão relativa à sua cota parte, observado o binômio necessidade-possibilidade, mas não o fez, visto que apresentou contestação intempestiva e não produziu prova de que não pudesse arcar com a cota reclamada pelo Apelado. Bloqueio de imóveis que recaiu apenas sobre duas das unidades discriminadas na sentença, sendo que, como se vê da contestação, ainda há dentre eles, imóveis de titularidade do Apelante. Desprovimento da apelação. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível, Nº 0032825-23.2018.8.19.0014,* Vigésima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relatora: Ana Maria Pereira de Oliveira, Julgado em: 21-07-2020, grifo nosso)

### 12.2.1.9. Transmissibilidade sucessória sui generis da obrigação de prestar alimentos

Segundo o disposto no artigo 402, do Código Civil de 1916, a obrigação de prestar alimentos não se transmitia aos herdeiros do devedor. Situação que não gerava nenhum questionamento.

A Lei de Divórcio (Lei nº 6.515/77), em seu artigo 23, contrariamente, estabeleceu a transmissibilidade de obrigação de prestar alimentos, gerando uma série de questionamentos a respeito de sua extensão – segundo Theotônio Negrão[973] e Washington de Barros Monteiro,[974] o artigo 402 do Código Civil de 1916 estaria revogado; Sílvio Rodrigues[975] defendia ter havido a derrogação, sendo transmissíveis apenas as pensões decorrentes de direitos matrimoniais. Outra corrente[976] defendia que somente as prestações vencidas seriam transmitidas.

Diante das várias interpretações do artigo 23 da Lei do Divórcio, Domingos Sávio Brandão Lima resumiu bem o sentimento da época: "Creio que nem mesmo a jurisprudência irá explicitá-lo, apenas sua modificação ou revogação poderá trazer a necessária tranquilidade."[977]

O Código Civil de 2002 não resolveu tal controvérsia, mantendo a regra da transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos aos herdeiros do devedor, com algumas modificações de cunho interpretativo lógico-sistemático. Portanto, com o Código Civil de 2002, a discussão a respeito da transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos permanece.

O artigo 1.700 do Código Civil de 2002 estabelece que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor.

Antes de discutir a extensão dessa norma, cabe esclarecer que o direito a alimentos e a obrigação alimentar não perderam a característica de direitos personalíssimos. O direito a alimentos e a obrigação alimentar fundam-se exclusivamente na relação pessoal entre o alimentante e o alimentário. Com a morte

---

973 NEGRÃO, Theotônio. *Código civil e legislação civil em vigor*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 989.

974 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil:* direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 2, p. 305.

975 RODRIGUES, Sílvio. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 142-143.

976 ARRUDA, Roberto Thomas. *O direito de alimentos*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1986, p. 95; BRUM, Jander Maurício. *Comentários à lei de alimentos*. Rio de Janeiro: AIDE, 1997, p. 36; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 763; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil,* volume 6: direito de família. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book;* LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.; PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 9-13; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 5, p. 161.

977 LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Alimentos do cônjuge na separação judicial e no divórcio*. Cuiabá: UFMT, 1983, p. 62.

do alimentante ou do alimentário, extingue-se a relação e, consequentemente, o direito a alimentos e a obrigação alimentar.

Portanto, nem a Lei do Divórcio e nem o Código Civil de 2002 contrariaram o caráter personalíssimo do direito a alimentos, pois não permitem a transferência da responsabilidade por alimentos de uma pessoa para outra pessoa. Os dois diplomas legislativos estabelecem apenas que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor (nos limites das forças da herança), e não o direito a alimentos. Não é possível a transmissão da condição própria, personalíssima, de alimentário e de alimentante.

Na verdade, a obrigação alimentar é pessoal e intransmissível, mas o dever de prestá-la, não.[978] Assim, o patrimônio particular do herdeiro não pode ser responsabilizado pela obrigação alimentar deixada pelo autor da herança. *Quem responde pelo cumprimento da obrigação é o patrimônio deixado pelo devedor. A morte do cumpridor da obrigação de prestar alimentos não extingue automaticamente a obrigação, se o patrimônio lhe sobrevive.*

Aberta a sucessão, aos herdeiros se transmitem, juntamente com o patrimônio, as obrigações do *de cujus*. Mas os herdeiros só respondem pelas dívidas e obrigações dentro das forças da herança, pois, desde o início, na sistemática do direito sucessório nacional, não se admitiu a responsabilidade *ultra vires hereditatis*, isto é, não cabe ao herdeiro responder por encargos superiores às forças da herança.

Ocorre, portanto, uma sub-rogação limitada do dever de cumprir a prestação alimentícia devida. Limitada porque será sempre de acordo com as forças da herança.

O artigo 1.700 do Código Civil de 2002 não é mera repetição do artigo 23 da Lei do Divórcio. O artigo 23 da Lei do Divórcio estabelecia que “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor na forma do artigo 1.796” do Código Civil de 1916. Já o artigo 1.700 do Código Civil de 2002 estabelece que a transmissão ocorrerá na forma do art. 1.694, cujo conteúdo não corresponde com o do artigo 1.796 do Código Civil de 1916.

Bastaria que os dois dispositivos tivessem estabelecido apenas a transmissão da obrigação de prestar alimentos, sem especificar a forma, pois as formas estabelecidas não acrescentam nada à interpretação da regra da transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos.

Assim, mesmo que o artigo 23 da Lei do Divórcio não se referisse ao artigo 1.796 do Código Civil, outra não poderia ser a solução, pois é regra geral do direito das sucessões[979] que os herdeiros só respondem pelas dívidas e obrigações do *de*

978 LUZ, Aramy Dornelles da. *O divórcio no Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1978, p. 102.

979 No Direito Romano primitivo, com a transmissão da herança, os herdeiros recebiam também todos os seus encargos, ainda que além das forças da herança. Portanto, os herdeiros deveriam suportar as dívidas, caso o passivo deixado pelo autor da herança fosse superior ao ativo. Por isso, muitos herdeiros preferiam renunciar à herança a correr o risco de ter que arcar com o seu próprio patrimônio as dívidas deixadas pelo *de cujus*. Somente mais tarde, a partir do Baixo-Império (Justiniano – Cód. 6, 30, 1.22 e Inst. 2, 19, § 6º), a aceitação passou a ser acompanhada da cláusula expressa a benefício de inventário, significando que o herdeiro só aceitava a herança, se o passivo deixado pelo autor da herança fosse inferior ao ativo. No Direito atual, a aceitação a benefício de inventário é automática, ou seja, opera-se por força

*cujus* nos limites das forças da herança. O benefício de inventário, no ordenamento jurídico brasileiro, não precisa ser invocado, pois a limitação da responsabilidade do herdeiro é automática, responde apenas *intra vires hereditatis*.

Quanto à transmissão da obrigação de prestar alimentos, na forma do artigo 1.694, conforme determina o artigo 1.700 do Código Civil de 2002, configura-se como outra inutilidade, pois tal transmissão deverá ser efetivada respeitando-se sempre o binômio necessidade/possibilidade. A possibilidade deverá ser aferida sobre a massa sucessória, jamais sobre os recursos pessoais dos herdeiros. Assim, se o patrimônio deixado pelo autor da herança (alimentante) não for suficiente para continuar arcando com toda a obrigação alimentar, deverá haver a redução, pois se trata de obrigação personalíssima.

Diante do disposto no artigo 1.700 do Código Civil, não resta dúvida de que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor. Resta então saber se a transmissão ocorre exclusivamente a débito ou em sentido amplo, ou seja, englobando as prestações vencidas apenas ou, além delas, também as vincendas.

Áurea Pimentel Pereira[980] manteve a sua posição quanto à transmissão exclusivamente a débito. Luiz Edson Fachin, defendendo essa tese, esclarece que "[...] a obrigação alimentar é intransmissível, sem embargo de responderem os herdeiros pelos débitos existentes à época da morte do alimentante. Tal transmissão é do passivo e não de alimentos, nem mesmo entre os cônjuges. Não se trata, portanto, de uma exceção à regra da intransmissibilidade".[981]

Conforme já enfatizado, o artigo 1.700 do Código Civil de 2002 não estabeleceu a transmissibilidade da dívida alimentar (nem precisaria fazê-lo, pois o pagamento das dívidas já é assegurado pelo Direito das Sucessões – artigo 1.997 do Código Civil de 2002), mas, de maneira clara, assegurou que a obrigação de prestar alimentos é transmissível. Até porque, limitar a transmissão da obrigação de prestar alimentos às prestações vencidas é contrariar a natureza jurídica dos alimentos, conforme será demonstrado a seguir.

Arnaldo Rizzardo,[982] Maria Helena Diniz[983] e Rosana Amara Girardi Fachin[984] defendem a transmissão da obrigação de prestar alimentos de maneira ampla, limitada apenas às forças da herança. Há que se admitir, inclusive, a transmissão da obrigação de prestar alimentos que sequer tenha sido constituída judicialmente, mas que de fato já exista em decorrência do dever legal de assistência previsto no

---

de lei, sem a necessidade de o herdeiro manifestar-se a respeito. (CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 54-56; FIUZA, César. *Direito Civil* – Curso Completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 957-959).

980 PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no direito de família e no direito de companheiros*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9-13.

981 FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 291.

982 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 784-793.

983 DINIZ. Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p. 463-464.

984 FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever alimentar para um novo direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 46.

artigo 1.694 do Código Civil de 2002, pois, conforme alerta Euclides de Oliveira, "pode dar-se que a pessoa obrigada já venha cumprindo a prestação alimentar por vontade própria, como no caso de assistência regular entre os cônjuges. Sobrevindo a morte do devedor, por certo que a obrigação antes assumida transmite-se por igual aos herdeiros, desde que haja suficiente patrimônio e rendas da herança."[985]

Esse deve ser o entendimento da regra estabelecida no artigo 1.700 do Código Civil de 2002, o da transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos de maneira mais ampla possível, pois os alimentos legítimos só são prestados em caso de necessidade. Quem tem aptidão para o trabalho e/ou bens suficientes para prover o próprio sustento não faz jus ao pensionamento alimentício. Limitar o pagamento da obrigação alimentar à morte do alimentante é contrariar a natureza jurídica do instituto que, sempre considerando a possibilidade econômica de alguém, estipula em favor de quem necessita a referida obrigação.

Basta imaginar um casal, sem descendentes e ascendentes que, após 30 anos de casamento, na faixa dos sessenta anos, separa-se judicialmente e, em razão do regime de bens adotado, apenas um dos parceiros sai com um vasto patrimônio. Na dissolução da sociedade conjugal, respeitando o binômio necessidade/possibilidade, ficou estipulada a pensão alimentícia para aquele que saiu sem patrimônio do casamento. Um ano após a separação judicial, o detentor do vasto patrimônio morre, deixando apenas dois sobrinhos vivos. Nessa hipótese, admitir a transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos de forma ampla significa garantir a sobrevivência de um ser humano. Caso contrário, o direito à vida ficará ameaçado por ter sido o patrimônio do autor da herança (alimentante) destinado a satisfazer interesses hereditários meramente patrimoniais dos dois sobrinhos. Conforme assevera Sérgio Gischkow Pereira, "em regra, ninguém espera uma herança para sobreviver, para ter o mínimo necessário a uma existência condigna; a herança é algo aleatório, é como que inesperado presente, doação imprevisível, questão de sorte até."[986]

Além disso, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da possibilidade de estipulação de legados de alimentos (art.1.920 do CC/02), de renda vitalícia ou de pensão periódica (art.1.926 do CC/02) e de quantidades certas em prestações periódicas (art. 1.927 do CC/02). Na verdade, em tais legados, o autor da herança, por meio de testamento, determina o cumprimento das disposições testamentárias, sempre nos limites das forças da herança, de forma que, uma vez se esgotando os bens que a compõem, cessa a obrigação.

É inconcebível o ordenamento jurídico admitir que o testador estipule um legado de alimentos para qualquer pessoa (que pode ter vínculo familiar ou não com o autor da herança), com a obrigação de que os herdeiros o cumpram no limite das forças da herança e vedar a transmissão da obrigação de prestar alimentos, estipulada legalmente, para atender às necessidades de um parente, ex-cônjuge ou ex-companheiro do autor da herança.

985 OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. *In*: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 288.

986 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 27-28.

De acordo com as regras de direito das sucessões, nada impede que o testador ordene ao seu herdeiro, sempre nos limites das forças da herança e sem afetar a legítima dos herdeiros necessários, que dê ao seu vizinho João (milionário), R$ 2.000,00 todos os meses, por toda a sua vida. Como reconhecer e admitir esse tipo de legado e não admitir a transmissão da obrigação de prestar alimentos que, conforme já estudado, só existe (ou persiste) diante da necessidade de quem recebe e em razão de um vínculo familiar de proximidade que existia entre o alimentante e o alimentário?

Assim, conforme o direito das sucessões, a transmissão das obrigações de prestar alimentos (não importa se legítimos, estabelecidos em razão da vontade ou estipulados em decorrência de ato ilícito) se dá para o espólio e não para os herdeiros. O monte-mor, a herança, vai satisfazer a obrigação alimentar (o encargo) deixada pelo seu autor e, após a partilha, os herdeiros só responderão nos limites dos benefícios sucessórios transmitidos.

O Direito Civil é um sistema único, que deve ser lido e interpretado à luz da Constituição Federal,[987] que destacou a dimensão existencial do homem com o princípio da dignidade da pessoa humana, colocado como fundamento da República Federativa do Brasil. Sendo assim, não faz sentido admitir a transmissão da obrigação de prestar alimentos *causa mortis* e não admitir a transmissão da obrigação estipulada *inter vivos*, baseada na necessidade do alimentário. Ora, se se admite a transmissão sem motivação, com muito mais razão admitir-se-á quando o motivo da obrigação tiver sido a necessidade de quem recebe vinculada a uma relação familiar com aquele que a pagava.[988]

Quanto ao cumprimento dessa obrigação de prestar alimentos, Sérgio Gischkow Pereira sugere a constituição de capital, com valores deixados pelo *de cujus*, cuja renda assegure o pagamento da prestação alimentar.[989]

E, finalmente, quanto ao valor da prestação e eventual possibilidade de revisão, Yussef Said Cahali faz a seguinte observação:

> Cuidando-se, aqui, de uma obrigação pecuniária, embora ligada à liquidação da sucessão, o *quantum* devido dever ser calculado sobre a massa sucessória estimada no dia da morte do *de cujus*, e não sobre os recursos pessoais dos herdeiros, não podendo ser agravado mesmo se as necessidades do alimentando se agravarem; embora teoricamente possa diminuir.[990]

A única limitação possível à transmissão da obrigação de prestar alimentos pode ocorrer diante da impossibilidade material gerada pela ausência de patrimônio deixado pelo devedor da pensão e/ou da cessação do estado de necessidade de quem recebe – note-se que as hipóteses equivalem ao comprometimento dos

---

987 MADALENO, Rolf. Alimentos entre colaterais. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 28, p. 105-112, fev./mar. 2005, p. 112.

988 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Os alimentos e a transmissibilidade da obrigação de prestá-los. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 8, p. 42-72, 2006.

989 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 26.

990 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 98.

aspectos integrantes do binômio fundador da obrigação, quais sejam possibilidade e necessidade, respectivamente.

Não havendo patrimônio que permita ao herdeiro continuar cumprindo com a obrigação, o respeito ao caráter personalíssimo da obrigação obsta seja ele responsabilizado pessoalmente pelo respectivo cumprimento. É o que determina o Enunciado 343 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.792. A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança."

### 12.2.2. Alimentos naturais e civis

Classificam-se os alimentos em naturais e civis. Os naturais são aqueles indispensáveis à mantença da vida (*necessarium vitae*). No Código Civil de 2002, os alimentos naturais estão diretamente ligados à discussão de culpa, conforme se verifica nos seguintes artigos: "Art. 1.694, § 2º. Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia"; "Art. 1704. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência."

Já os alimentos civis ou côngruos são fixados em função dos haveres do alimentante e da qualidade e da situação do alimentário, destinando-se a suprir as necessidades básicas de sobrevivência, bem como as intelectuais (*necessarium personae*).

Os alimentos civis foram estipulados como regra no Código Civil de 2002, conforme pode ser constatado na leitura do *caput* do artigo 1.694 que estabelece: "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação." Somente em caráter excepcional que, de acordo com Código Civil, significa discussão de culpa (arts. 1.694, § 2º e 1.704, parágrafo único), devem ser estipulados os alimentos naturais ou necessários. Nas demais hipóteses, devem prevalecer os alimentos civis ou côngruos.

Entretanto, conforme será demonstrado adiante, com fulcro numa interpretação constitucional, não é mais possível utilizar a culpa como critério determinante do valor dos alimentos, seja em relação aos cônjuges e aos companheiros, seja em relação aos parentes. Logo, parece não mais fazer sentido falar em alimentos naturais.

### 12.2.3. Dever de sustento e obrigação alimentar

Em razão do parentesco, os alimentos ainda se subdividem em dever de sustento e obrigação alimentar.

### 12.2.3.1. Dever de sustento

O dever de sustento é estabelecido em razão do poder familiar, de acordo com os artigos 229 da Constituição Federal de 1988,[991] 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente,[992] 1.566, IV, e 1.568 do Código Civil.[993] Trata-se de uma obrigação de fazer na hipótese de o menor viver na companhia dos pais ou de uma obrigação de dar na hipótese de o menor não coabitar com o genitor responsável pelo pagamento.

Os alimentos decorrentes do dever de sustento que os pais têm com seus filhos perduram enquanto estiverem sob o poder familiar.

### 12.2.3.2. Obrigação alimentar

A obrigação alimentar pode existir entre cônjuges, companheiros e parentes. Entre pais e filhos, vincula-se à relação de parentesco fora do poder familiar. Assim, os pais, enquanto os filhos estão sob o poder familiar, têm o dever de sustento e, com a extinção do poder familiar, poderá surgir a obrigação alimentar.

Portanto, são inconfundíveis os institutos do dever de sustento e o da obrigação alimentar. Aquele decorre do poder familiar, subordina-se à relação paterno-filial e adstringe-se aos filhos menores; esta poderá surgir com a extinção do poder familiar, tem fundamento no vínculo de parentesco que continua existindo entre pais e filhos, mesmo após a extinção do poder familiar.

### 12.2.3.3. Presunções de necessidade e de possibilidade: absolutas ou relativas?

Quanto ao filho menor, os alimentos também são fixados, submetendo-se ao binômio que os justifica (necessidade e possibilidade), mormente por competir aos pais a assistência, sustento, guarda, criação e educação do filho. Trata-se de uma necessidade presumida, corolário sociojurídico do poder familiar. Em relação ao filho maior e capaz, também existe uma presunção em matéria de alimentos, entretanto, tal presunção é em seu desfavor, ou seja, não se presume a necessidade, mas a possibilidade de autossubsistência.

Tem prevalecido, na doutrina, o entendimento de que, no dever de sustento, existe uma presunção absoluta (*juris et de jure*) de necessidade do alimentário.[994]

---

991 "Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."

992 "Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."

993 "Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] IV – sustento, guarda e educação dos filhos. Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial."

994 Adotam tal posicionamento, entre outros: MADALENO, Rolf. *Direito de Família*: aspectos

De acordo com Clóvis Beviláqua,

> Em regra, os alimentos são sómente devidos, se o alimentario não tem recursos e está impossibilitado de prover á sua subsistencia, e quando o alimentador possue bens além dos necessarios para a sua propria sustentação. Este principio é commum a todas as legislações. Exceptuam-se os casos do filho menor em relação ao pae, e da mulher em relação ao marido, cujo direito é mais imperioso, é absoluto.[995]

No mesmo sentido, Arnaldo Marmitt[996] afirma que, durante o poder familiar, a presunção de necessidade é *juris et de jure*.

Mais adiante, pensa Yussef Cahali que "[...] a obrigação subsiste enquanto menores os filhos, independentemente do estado de necessidade deles, como na hipótese, perfeitamente possível, de disporem eles de bens (por herança ou doação), enquanto submetidos ao pátrio poder."[997] Com o mesmo posicionamento, assim se manifestam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> Assim, defluindo a obrigação alimentícia do poder familiar (da paternidade ou maternidade), há presunção das múltiplas necessidades do filho menor, independendo da sua condição econômica. O vínculo possui tamanha dimensão que, ainda que o infante tenha recursos financeiros, os alimentos são devidos, exceto se os pais não tiverem condições, sequer, de se manter, como na hipótese de estarem impossibilitados de exercer atividade laborativa.[998]

Entretanto, buscando-se uma nova interpretação do instituto dos alimentos, principalmente de acordo com a nova ordem constitucional, ousa-se discordar de tal posicionamento dominante.

Conforme já afirmado, o próprio indivíduo é o principal obrigado pela sua mantença (utilizando-se dos frutos do seu trabalho e/ou do seu patrimônio). Entretanto, nem todos podem ou têm como fazê-lo, seja em razão de uma incapacidade jurídica, física ou mental. Somente diante da incapacidade de se manter, o indivíduo pode recorrer ao auxílio de outras pessoas – dentre as quais os familiares – ou, subsidiariamente, até mesmo do Estado.

O caráter assistencial dos alimentos é evidenciado na medida em que não devem servir para enriquecer o alimentário, mas para assisti-lo na conservação de uma vida digna em sociedade. Na correta conclusão de San Tiago Dantas, pretender alimentos além do caráter essencialmente assistencial "[...] é esquecer o seu

---

polêmicos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 51; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*: parentesco. Campinas: Bookseller, 2001, v. 3, p. 276.

995 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 416, grifo nosso.

996 MARMITT, Arnaldo. *Pensão alimentícia*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

997 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 543, grifo nosso.

998 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 775, grifo nosso.

fundamento, que está no direito à vida e não numa espécie de comunhão de bens entre parentes."[999]

Por isso, necessária se faz uma nova análise das presunções existentes em matéria de alimentos entre pais e filhos.

Não se nega a existência da presunção de necessidade em favor do filho menor. Entretanto, trata-se de presunção relativa. Assim, os pais que não são beneficiados com a presunção têm o ônus de provar que o filho, apesar de menor, não necessita de alimentos, pois possui rendimentos que lhe proporcionam uma vida digna. Adotando tal entendimento, assim se manifesta Luiz Felipe Brasil Santos:

> O menor desfruta de presunção de necessidade, pois o que normalmente ocorre é que, por sua própria condição de dependência, e até mesmo impossibilidade legal de trabalhar antes dos 14 anos de idade (art. 227, § 3º, I, CF), não dispõe de recursos próprios para manter-se. Em consequência, está dispensado de justificar sua necessidade, que decorre da condição de pessoa em formação. <u>Não é, porém, absoluta esta presunção, admitindo prova em contrário, pois, embora incomum, poderá ocorrer que disponha de melhores recursos que os próprios genitores, o que se dará, por exemplo, se houver recebido um legado, ou desfrutar de renda como ator televisivo</u>.[1000]

Outra não pode ser a conclusão diante do caráter auxiliar dos alimentos, cujo escopo é proporcionar àquele que tem necessidade uma existência digna. Alimentar quem não tem necessidade, tão somente em razão da menoridade, é transformar um instituto eminentemente assistencialista, fundado nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, em fonte geradora de riqueza; é corroborar com o enriquecimento sem causa.

Por outro lado, com a maioridade ou a emancipação, cessa o poder familiar, entretanto, não cessa automaticamente o direito a alimentos.[1001] É o que preceitua

---

999 DANTAS, San Tiago. *Direitos de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 333.

1000 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A obrigação alimentar na perspectiva ética. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5-6, grifo nosso.

1001 "DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA COM A MAIORIDADE DO ALIMENTANDO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Com a maioridade cessa o poder familiar, mas não se extingue, *ipso facto*, o dever de prestar alimentos, que passam a ser devidos por força da relação de parentesco. Precedentes. 2. Antes da extinção do encargo, mister se faz propiciar ao alimentando oportunidade para comprovar se continua necessitando dos alimentos. 3. Recurso especial não conhecido." (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 688902/DF. Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 16/08/2007. *Diário de Justiça*, Brasília, 03 set. 2007, p. 181).
PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. AFERIÇÃO DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. AFIRMADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DOS ALIMENTOS E DA CAPACIDADE DE SUBSISTÊNCIA DA EXEQUENTE. TEMAS NÃO DEBATIDOS NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXAME PELO STJ, SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA DESNECESSIDADE DA VERBA ALIMENTAR. MAIORIDADE, POR SI SÓ, NÃO EXTINGUE AUTOMATICAMENTE A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 358 DO STJ. PROVÁVEL ESTADO DE MISERABILIDADE DOS OUTROS FILHOS DO EXECUTADO. TEMA NÃO DISCUTIDO NA

a Súmula 358 do STJ – "O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos."

O direito a alimentos não é estabelecido apenas para os filhos menores, já que o vínculo de parentesco não cessa com a maioridade. Enquanto o filho é menor, a sua necessidade de alimentos é presumida e se fundamenta no próprio poder familiar.

A jurisprudência,[1002] ao fazer uma interpretação sistemática a partir da Lei do Imposto de Renda (Lei nº 9.250/95), limitou o recebimento de pensão alimentícia

---

ORIGEM E INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTATAÇÃO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. PRECEDENTES. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR RECONHECIDA JUDICIALMENTE SOMENTE PODE SER ALTERADA POR AÇÃO JUDICIAL PRÓPRIA OU POR OUTRO ACORDO. PRECEDENTES. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR CONSTATADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 309 DO STJ. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Não é admissível a utilização de habeas corpus como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Precedentes. 2. A ausência de debate pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais das alegações do impetrante de que a exequente é capaz de se manter pelo próprio esforço e de que não necessita de alimentos, impede o exame de tais temas pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. 2.1. O simples fato de a exequente ser maior de idade e possuir, em tese, capacidade de promover o próprio sustento, não é suficiente para concessão da ordem considerando a inexistência de prova pré-constituída de que ela não necessita dos alimentos ou de que tem condições de prover a própria subsistência, sem a prestação alimentar. 2.2. Esta eg. Corte Superior tem entendimento consolidado no sentido de que, na via estreita do habeas corpus, que não admite dilação probatória, o alegado constrangimento ilegal deve ser demonstrado de plano. Prova da ilegalidade que deve ser pré-constituída, sob pena de impossibilitar o exame da ausência de necessidade no recebimento dos alimentos. Tema que deve ser analisado, com profundidade, em ação ou recursos próprios, em que se admite o amplo exercício do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. 2.3. A maioridade civil, por si só, não é capaz de desconstituir a obrigação alimentar. Precedentes. 3. A teor da jurisprudência desta eg. Corte Superior, a real capacidade financeira do paciente não pode ser verificada em habeas corpus que, por possuir cognição sumária, não comporta dilação probatória e não admite a análise aprofundada de provas e fatos controvertidos. Precedentes. 4. Esta eg. Corte Superior tem entendimento consolidado de que a obrigação reconhecida no acordo homologado judicialmente e que aparelha a execução somente pode ser alterada ou extinta por meio de ação judicial própria, seja a revisional seja a exoneratória, ou, ainda, nova transação. Precedentes. Hipóteses não configuradas. 5. O decreto de prisão proveniente da execução de alimentos na qual se visa o recebimento integral de até três parcelas anteriores ao ajuizamento da ação e das que se vencerem no seu curso não é ilegal. Inteligência da Súmula nº 309 do STJ e precedentes 6. A inexistência de ilegalidade flagrante ou de coação no direito de locomoção do paciente impede a concessão da ordem de ofício. 7. Habeas corpus denegado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus HC 523489 / MG*. Terceira Turma. Relator: Ministro Moura Ribeiro, julgado em 10/10/2019, Brasília, 15/10/2019).

Até mesmo acordos que tenham estabelecido, antes do novo Código Civil, a cessação da pensão com a maioridade, podem ser revistos de acordo com o Enunciado 112 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.630: em acordos celebrados antes do advento do novo Código, ainda que expressamente convencionado que os alimentos cessarão com a maioridade, o juiz deve ouvir os interessados, apreciar as circunstâncias do caso concreto e obedecer ao princípio rebus sic stantibus." (CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. *I Jornadas de Direito Civil.* Disponível em: http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf. Acesso em: maio 2009).

1002 ALIMENTOS – EXONERAÇÃO – MAIORIDADE – FREQÜÊNCIA CURSO SUPERIOR – MENOR DE 24 ANOS – TRANSFERÊNCIA DA GUARDA E RESPONSABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE – MENOR DE 18 ANOS – I – O dever de sustento oriundo do poder familiar cessa com a maioridade ou emancipação, contudo tal regra é afastada quando o alimentando

pelo filho maior estudante de ensino superior ou de escola técnica de segundo grau aos 24 anos (ou até o término da graduação, o que ocorrer primeiro), pois a referida Lei, no art. 35, § 1º, autoriza o desconto do imposto de renda para quem tem filhos até 24 anos de idade, que estejam cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau.

Portanto, para o filho maior até 24 anos, estudante e com capacidade laborativa, permite-se a prova de necessidade dos alimentos, sendo, pois, a presunção de autossubsistência relativa. Já para o filho maior de 24 anos e com capacidade laborativa tem-se na doutrina e jurisprudência[1003] majoritárias uma presunção absoluta de autossubsistência. Mais uma vez, verifica-se o equívoco, não em se adotar a presunção de autossubsistência, mas em adotá-la de maneira absoluta a partir de uma determinada idade ou da conclusão de um curso superior.

Realmente, com a cessação do poder familiar, ocorre o fim do dever de sustento, pois, a partir da maioridade, presume-se que as pessoas são capazes de cuidar de sua própria manutenção. Entretanto, a despeito da emancipação e da capacidade laborativa, pode acontecer, por motivos relevantes, de o filho maior ainda necessitar de alimentos.

Pode-se entender como motivo relevante o fato de o filho ser maior, porém estudante, independentemente da idade. Foi-se o tempo que um diploma de curso superior significava sucesso profissional e independência financeira. O mercado de trabalho mudou significativamente nos últimos anos, está cada vez mais exigente. Por isso, hoje em dia, não basta ter um diploma universitário, é preciso apresentar

---

acha-se cursando escola superior e até que ele perfaça 24 anos, hipótese essa em que a obrigação alimentar, excepcionalmente, não se extingue em face da simples maioridade do filho, salvo se comprovado que o mesmo é capaz de prover a sua mantença. II – A exoneração de alimentos quanto ao filho menor de 18 anos está condicionada à transferência judicial da sua guarda ao alimentando, o que, entretanto, reclama a propositura de ação própria e autônoma, que não se contenta com a alegada transferência de fato da guarda em comento. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. AI 2003.00.2.004053-5. Relator: Des. Nívio Gonçalves, julgado em 02/11/2004. *Diário de Justiça da União,* Brasília, 11 fev. 2004).

1003 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. BINÔMIO POSSIBILIDADE/NECESSIDADE. FILHO MAIOR E DE 26 ANOS. CONCLUSÃO DE CURSO SUPERIOR. EXONERAÇÃO DEVIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O dever de prestar alimentos decorre do dever familiar, que importa em dar aos filhos a devida criação e assistência. Essa obrigação está prevista no art. 229 da nossa Carta Política, que estatui que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade? 2. É cediço que a maioridade, por si só, não é suficiente para extinguir a prestação alimentícia, uma vez que doutrina e jurisprudência reconhecem que haverá situações que tal obrigação se estenderá temporalmente. E nesse caso, o fundamento para o direito aos alimentos se modifica, passa-se do dever de sustento dos pais em relação aos filhos e decorrente do exercício do poder familiar, para a obrigação fundada na relação de parentesco, consubstanciada no art. 1.696, do Código Civil. 3. No caso, o alimentando é maior, 26 (vinte e seis) anos de idade, e concluiu curso de ensino superior. Ainda que não possua emprego formal, não restam dúvidas acerca da sua capacidade para se inserir no mercado de trabalho. Além disso, careceria de despesas extraordinárias e/ou necessárias à sua formação, não ostenta necessidades especiais ou de acompanhamento médico regular, para justificar perenizar a prestação alimentar. 4. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 07153749520188070007 - (0715374-95.2018.8.07.0007 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. 4ª Turma Cível. Rel. Des. Luís Gustavo B. de Oliveira, julgado em 01/07/2020, publicação: 14/07/2020).

algo mais: domínio de pelo menos uma língua estrangeira, especialização, MBA, mestrado, doutorado etc.

Assim, diante da nova configuração da família solidarista cunhada pela Constituição de 1988, não é mais possível ignorar o esforço de um filho que, por exemplo, aos 18 anos, ingressa na faculdade. Aos 23 anos, inicia uma especialização. Aos 24 anos, cursa um mestrado. Dos 26 aos 30 anos, dedica-se ao doutorado. A ascensão intelectual deverá ser interrompida ou dificultada aos 24 anos?

É sabido que tais cursos exigem muita dedicação de estudo e de tempo. O horário das aulas varia de acordo com a disponibilidade de cada professor, dificultando, com isso, o ingresso do estudante no mercado de trabalho. Desta forma, não parece absurdo condenar um pai, que tem possibilidade, a pagar alimentos para um filho maior nessa situação, mesmo se tratando de um filho acima dos 24 anos. Ninguém poderia alegar que tais alimentos estariam incentivando o ócio, o parasitismo ou o enriquecimento sem causa, pelo contrário, tais alimentos estariam cumprindo com a sua verdadeira finalidade: proporcionar uma existência digna a quem deles necessita.

No mesmo sentido, o Enunciado 344 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sem a limitação da idade, reconhece a possibilidade de o filho maior receber alimentos quando estabelece que: "A obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade."

A partir da maioridade, haverá a inversão do ônus da prova, pois a presunção relativa de necessidade que militava em favor do filho menor dará lugar à presunção, também relativa, de autossubsistência. Com isso, caberá ao filho maior e capacitado para o trabalho, independentemente da idade, provar a impossibilidade de se manter por seus próprios meios. Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. FILHA MAIOR DE IDADE. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. Embora a maioridade civil não afaste o direito de perceber alimentos, o seu implemento afasta a presunção de necessidade, cumprindo à parte alimentada o ônus probatório de comprovar que ainda necessita do pensionamento. Circunstância não verificada no caso. Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.[1004]
>
> EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. FILHA MAIOR, CURSANDO MESTRADO EM TEMPO INTEGRAL. MANUTENÇÃO DOS ALIMENTOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.694 E 1.696 DO CCB. RECURSO NEGADO. Caso onde a filha, com 24 anos, busca ser professora universitária e necessita, para tanto, concluir o curso de mestrado. Correta a decisão que, ao vislumbrar a manutenção da dependência econômica da alimentada, manteve o pensionamento mesmo após a conclusão do curso superior. Ao completar a graduação e matricular-se no mestrado em tempo integral, mister

---

1004 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível Nº 70041109968*, Oitava Câmara Cível, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 04/08/2011.

> manter o pensionamento até que a mesma já tenha adquirido condições de se integrar ao mercado de trabalho. NEGARAM PROVIMENTO.[1005]
> DIREITO DE FAMÍLIA. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. Beneficiário que, inobstante haver recém-completado 24 (vinte e quatro) anos de idade e haver terminado a graduação, ainda não possui condições de manter o próprio sustento, pois se encontra às vésperas de diplomar-se em curso de mestrado, sob regime integral de estudos e dedicação exclusiva. Impossibilidade temporária de inserção no mercado de trabalho. Elementos probatórios que, de outro lado, demonstram a boa condição socioeconômica do alimentante e a plena possibilidade de contribuição. Sinais externos de riqueza. Circunstâncias capazes de autorizar, em caráter excepcional, a continuidade do pensionamento. Fixação, porém, de data limite para a vigência da obrigação, coincidente com a vindoura diplomação acadêmica. Exegese dos arts 1.694, 1.695 e 1.699 do CC e art. 333, incs. i e ii, do CPC. Recurso do genitor parcialmente provido.[1006]

Apesar das hipóteses de decisões aqui apresentadas, a real solução deve-se ater ao estudo do ordenamento com o uso de normas legítimas e válidas e do caso concreto. No entanto, a decisão para ser considerada adequada ao caso concreto deverá sempre efetivar iguais direitos fundamentais (no presente estudo: dignidade de quem recebe alimentos e de quem paga).

Por isso, em relação aos alimentos, tendo em vista os direitos fundamentais envolvidos, idade ou conclusão de um curso superior não devem ser critérios para se estabelecer presunção absoluta de necessidade ou de capacidade. Nem mesmo a incapacidade pode servir para tal fim. Os direitos fundamentais, de acordo com Lúcio Antônio Chamon Júnior "somente apontam o sentido de uma decisão correta na medida em que interpretados à luz do caso e do que, neste caso, significa o igual reconhecimento de liberdades fundamentais."[1007]

A solidariedade familiar geradora de direitos e deveres mútuos traduz a realidade da nova relação paterno-filial. Assim, o dever de assistência não pode ser encarado como tarefa exclusiva dos pais, mas também dos filhos, independentemente da idade. A progressiva humanização das relações familiares, geradora de interdependência e comunhão entre os seus membros, conduz a uma nova análise da questão dos alimentos que, aprioristicamente, não comporta critério de presunção absoluta, nem de necessidade, nem de possibilidade. Adotar esse critério seria desvirtuar a solidariedade e desumanizar as relações familiares, hierarquizando a dignidade das pessoas envolvidas.

---

1005 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível Nº 70025353889*, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/08/2008.

1006 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2012.059808-3,* de Rio Negrinho, rel. Eládio Torret Rocha, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 22-11-2012.

1007 CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno:* por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 219.

## 12.2.4. Alimentos entre ex-cônjuges

O fundamento da obrigação alimentar existente entre os cônjuges é a solidariedade familiar, geradora do dever de mútua assistência estabelecido no artigo 1.566, III, do Código Civil. Portanto, a existência de vínculo conjugal é determinante para a estipulação da pensão alimentícia entre os cônjuges.

Dissolvido o casamento pelo divórcio, não cabe falar mesmo em relação conjugal. Inexistem mais cônjuges, quando muito são ex-marido e ex-mulher. Desta forma, parece lógico que a estipulação da obrigação alimentar não será mais possível se cessado o vínculo conjugal, pois cessado estará o dever assistencial entre os ex-cônjuges. O casamento não mais existe. Finda a causa, findo o efeito. E essa regra, no que tange aos alimentos, indubitavelmente, não admite exceções. Defender a ideia da possibilidade de ulterior exigência do dever alimentar representa, na verdade, retrocesso, na medida em que se retorna ao princípio da indissolubilidade do casamento e ao paternalismo havido outrora.

Entretanto, não se nega a possibilidade de um ex-cônjuge receber alimentos do outro mesmo após o divórcio. Mas, para isso, é indispensável que os alimentos tenham sido estabelecidos enquanto ainda existia vínculo conjugal entre eles, ou seja, antes do divórcio. Isso porque, uma vez estabelecidos os alimentos na constância do vínculo conjugal, eles não cessam automaticamente com o divórcio, necessário é o pedido de exoneração.

Na separação consensual, que pode ser judicial ou extrajudicial, o casal concorda em se separar e, assim, tem certa margem de liberdade para dispor sobre os atinentes efeitos da separação, dentre os quais se incluem os alimentos.

Já na separação litigiosa, de acordo com uma interpretação literal do Código Civil (art. 1.704, parágrafo único), a discussão de culpa poderia ter alguma valia conforme foi demonstrado no Capítulo 8.

Contudo, conforme já demonstrado no item 8.5.1.2, levando em consideração a natureza jurídica dos alimentos entre os cônjuges, não faz sentido limitá-los em razão da causa que determinou a separação.

Todavia, é importante frisar que os alimentos devidos entre os cônjuges, na medida do possível, não podem ser transformados em fonte de renda vitalícia. Tais alimentos só serão devidos enquanto persistir a necessidade e, face ao mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, é dever do cônjuge, que recebe alimentos, usar de todos os meios possíveis para fazer cessar a sua necessidade. É o que Rolf Madaleno[1008] intitula de alimentos transitórios e a jurisprudência começa a admitir:

---

1008 MADALENO, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e cidadania:* o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 578-581.
Rolf Madaleno também trata sobre o tema na 10ª edição da sua obra Direito de Família: "Muito é dito acerca dos alimentos transitórios nas relações conjugais e uniões estáveis judicialmente desfeitas, provimento idealizado para assegurar por algum tempo o alimento destinado ao cônjuge ou convivente desprovido de emprego e de recursos financeiros, dotado, contudo, de capacidade e de condições de buscar, em curto espaço de tempo, emprego e rendimento no mercado de trabalho, para poder prover à própria subsistência."(MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1074, *E-book*.)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISIONAIS À EX-MULHER. PROVA DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. Ainda que a recorrente seja relativamente jovem e apta para o trabalho, impõe-se, de forma transitória e temporária, a fixação de alimentos provisionais em seu favor, uma vez que demonstrada sua dependência econômica ao agravado e considerando que não há prova nos autos de que aufira rendimentos próprios. No entanto, deverá esta verba ter caráter transitório e excepcional, apenas para permitir o ingresso da agravada no mercado de trabalho e a fruição dos bens comuns. Agravo parcialmente provido.[1009]

> DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - ALIMENTOS - PEDIDO FORMULADO POR EX-MULHER - SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE - INSURGÊNCIA DO RÉU - 1. NULIDADE DA SENTENÇA POR JULGAMENTO EXTRA PETITA - FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS AO INVÉS DE COMPENSATÓRIOS - OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA LIDE IMPOSTOS PELAS PARTES - PRELIMINAR AFASTADA - 2. EXTINÇÃO OU REDUÇÃO DO QUANTUM ALIMENTAR - VERBA ALIMENTAR FIXADA SOBRE OS RENDIMENTOS DO APELANTE POR PRAZO INDETERMINADO - DEVER DA EX-MULHER DE AUTOSSUSTENTO - ALIMENTOS TRANSITÓRIOS - FIXAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO - QUANTUM EXCESSIVO - REDUÇÃO DEVIDA - INSURGÊNCIA PARCIALMENTE PROVIDA - 3. ALUGUEL CONTRA EX-CÔNJUGE QUE MANTÉM A POSSE EXCLUSIVA DE IMÓVEL - SUPERVENIÊNCIA DE ACORDO ENTRE AS PARTES - ANÁLISE DA MATÉRIA RECURSAL PREJUDICADA - NÃO CONHECIMENTO - RECURSO, EM PARTE, CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Em direito de família independentemente do nome jurídico ao qual estejam classificados, os alimentos recebem a mesma proteção, ainda que a obrigação alimentar tenha causas diferentes. 2. Fixa-se transitoriamente os alimentos em benefício de ex-esposa, com o fim de evitar repentina ruptura de suas condições de vida e conceder-lhe tempo para adaptar-se à nova realidade. 3. Acordo posterior ao recurso sobre obrigação locatícia envolvendo acervo imobiliário de casamento desfeito, torna prejudicada a aludida matéria recursal.[1010]

Assim, com a Constituição de 1988, em face aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, os alimentos entre os cônjuges, seja qual for a causa que determinou a dissolução da sociedade conjugal, devem ser estipulados justamente para atender o dever de assistência material. Tais alimentos devem ser estipulados para atender às necessidades que garantam o direito fundamental à vida de forma ampla, estabelecendo-se, na medida do possível, os alimentos (civis) de acordo com a condição social de cada indivíduo.

## 12.2.5. Alimentos entre ex-companheiros

A união estável só foi reconhecida no Brasil como entidade familiar a partir da Constituição de 1988. Até a entrada em vigor do referido texto constitucional, o que se

1009 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70031305915, Oitava Câmara Cível, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 27/08/2009.

1010 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. TJSC, Apelação Cível n. 0003604-51.2017.8.24.0091, da Capital, rel. Monteiro Rocha, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 16-07-2020.

reconhece hoje como união estável era tratado exclusivamente no campo do direito das obrigações e, por isso, era negada a concessão de alimentos aos companheiros. O raciocínio era simples, somente as hipóteses expressa e taxativamente elencadas na lei faziam nascer o direito a alimentos. Portanto, somente os cônjuges e os parentes tinham direito a alimentos.[1011]

A solução encontrada para evitar o desamparo total foi, com base no direito das obrigações, no princípio da proibição do enriquecimento sem causa, indenizar a concubina pelos serviços domésticos prestados:

> Caracterizada a sociedade de fato e havendo a comprovação da participação da companheira nos bens adquiridos durante o período concubinário, terá ela, em consequência, direito à partilha do patrimônio: não se formando o patrimônio comum, faz jus à indenização correspondente aos serviços domésticos prestados.[1012]

Mesmo com o advento da Constituição de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar, houve julgados que negaram o direito a alimentos entre os companheiros.[1013]

O primeiro texto normativo que estabeleceu o direito de alimentos aos companheiros, colocando fim à discussão, foi a Lei nº 8.971/94. No artigo 1º da referida Lei, foram estabelecidos os critérios para a fixação de alimentos entre os companheiros, encerrando, portanto, a discussão sobre a concessão, ou não, de alimentos aos companheiros.

A Lei nº 9.278/96 estabeleceu em seu artigo 2º, II, como direitos e deveres dos companheiros, a assistência moral e material recíproca e, no artigo 7º, claramente tratou dos alimentos entre os companheiros nos seguintes termos: "Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos."

Até o Código Civil de 2002, a fundamentação legal dos alimentos entre os cônjuges era regulada pela Lei do Divórcio, enquanto os alimentos entre os companheiros pelas Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96.

O Código Civil de 2002, ao tratar dos alimentos, referiu-se aos parentes, cônjuges e companheiros, sem fazer qualquer distinção, por isso, as disposições

---

1011 "A obrigação alimentar ou pressupõe a existência de relação de parentesco, como está expresso nos arts. 396 e 397 do CCB, a valorizar o princípio da solidariedade familiar, ou assenta no dever a mútua assistência entre os cônjuges (ver art. 231, inciso III, do CCB e art. 19 da Lei de Divórcio). Daí, decorre que, entre concubinos, não há direito à prestação alimentar. Correta a sentença, ao exonerar o recorrente da obrigação alimentar em relação à filha M.M., e ao considerar insubsistente obrigação alimentar divisada pela recorrida, ex-concubina, que, na verdade, apenas representava a filha menor." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 102877/SP. Relatora: Min. Djaci Falcão, julgado em 17/09/1984. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 26 out. 1984).

1012 MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. *AC nº 119.119-5*. Rel. Juiz Abreu Leite – J. 05/11/1991.

1013 "A nova Carta Constitucional evitou a equiparação do concubinato ao casamento, pela proeminência que deu a este instituto. Assim, a obrigação alimentar entre os concubinos escapa ao âmbito da norma do art. 226, § 3º da CF. O dispositivo cria função de assistência para o Estado, não para o companheiro frente à companheira e vice-versa." (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *AC 119.798-1*. Relator: Des. Fonseca Tavares, julgado em 07/03/1990).

referentes aos alimentos, tratadas nas Leis nº 6.515/77, nº 8.971/94 e nº 9.278/96, devem ser vistas como ab-rogadas, já que toda a matéria referente aos alimentos entre cônjuges e companheiros foi tratada no referido Código. Portanto, o que foi estudado a respeito dos alimentos entre ex-cônjuges aplica-se também aos ex-companheiros.

## 12.2.6. Prestação compensatória e alimentos: uma distinção necessária[1014]

Compensar, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira,[1015] significa "estabelecer equilíbrio entre; equilibrar; contrabalancear". Nesse sentido, falar em compensação faz presumir a existência de situação tal na qual se verifique disparidade. É preciso que haja desigualdade para ser possível estabelecer o equilíbrio.

A dissolução matrimonial ou de companheirismo é realmente fator de modificação das condições de vida dos cônjuges e dos companheiros. No casamento e na união estável, é a conjugação de esforços que possibilita ao casal alcançar um determinado nível de vida. Logo, finalizada a comunhão, na maioria das vezes, fica impossibilitada a manutenção do padrão de vida das partes. Isso é fato corriqueiro que, inclusive, posto nesses termos, não encerra relevância jurídica.

A relevância jurídica só aparece, na medida em que aquela alteração das condições de vida, provocada pela extinção do relacionamento, venha a comprometer a subsistência de um dos cônjuges ou companheiros. Nesse caso, o valor jurídico da vida é ameaçado, razão pela qual imperiosa se torna a tutela do Direito que, no Brasil, se resolve exclusivamente com base no direito a alimentos e, em outros países, como na França, por exemplo, além dos alimentos, trabalha-se também com a prestação compensatória.

O legislador francês instituiu a prestação compensatória como sucessora da pensão alimentícia fixada em sede de divórcio, com o objetivo de amenizar o desequilíbrio financeiro entre os ex-consortes causado pelo rompimento do vínculo, notadamente quando evidenciada a diferença de recursos entre eles, antes ocultada pela vida em comum.

Cabe esclarecer que a pensão alimentar entre cônjuges (ou companheiros) ainda subsiste, pois pode ser fixada de forma provisória pelo Juiz para o período que

---

1014 Sobre a distinção entre a prestação compensatória e os alimentos, recomenda-se a leitura dos artigos escritos em coautoria com Isabel Prates de Oliveira Campos e Marina Lima Pelegrini Oliveira: RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; CAMPOS, Isabel Prates de Oliveira. A (in) aplicabilidade dos "alimentos" compensatórios no Brasil: uma análise comparada com a prestação compensatória do direito francês. *In:* Leonardo Macedo Poli; Fernanda São José. (Org.). *Direito Civil na Contemporaneidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, v. 3, p. 173-198; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; OLIVEIRA, Marina Lima Pelegrini. Alimentos e prestação compensatória: uma distinção necessária. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 31. ano 9. p. 193-218. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022.

1015 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*.3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 132.

antecede a decretação do divórcio, nos termos do artigo 255, VI[1016] do Código Civil francês. A partir da sentença, terá lugar a prestação compensatória.

### 12.2.6.1 A prestação compensatória no Direito francês

O Código Civil francês, conhecido como 'Código Napoleônico", levou três anos e meio para ser elaborado por uma comissão de juristas moderados escolhidos por Napoleão Bonaparte. Editado em 1804, foi inspirado pelo Direito Romano, pelos costumes em voga na França e pelas leis formuladas durante a Revolução francesa, ou seja, congrega ideais revolucionários (individualismo e racionalismo) e o direito francês clássico, resultando em uma síntese de sucesso entre revolução e tradição.[1017]

Previa que o dever de socorro entre os cônjuges era implementado, a partir do divórcio, mediante fixação de uma pensão alimentícia de natureza híbrida: possuía um fundamento indenizatório (reparar o prejuízo causado pelo rompimento precoce do casamento por um dos cônjuges) e um viés alimentar (no sentido de assegurar a subsistência do ex-cônjuge credor desamparado em razão do divórcio).

A pensão alimentícia era reservada ao cônjuge inocente, e afastada em caso de divórcio por culpa recíproca. Segundo Jean Carbonnier[1018], a pensão alimentícia promovia a dramatização do divórcio, pois era tida por muitos como um "prêmio de consolação" à ex-esposa inocente, ou uma espécie de redenção ao marido culpado pela separação, por comprar sua liberdade.

A prestação compensatória foi introduzida no ordenamento francês em julho de 1975, por meio da reforma legislativa realizada para ampliar as hipóteses de divórcio (até então só era admitido o divórcio por culpa). A Lei n. 75-617 substituiu a pensão alimentícia entre cônjuges pela prestação compensatória, de caráter orçamentário e dificilmente modificável. Inspirada na expressão alemã *'ausgleichsleitung'*, a prestação compensatória foi criada para

> reparar, na medida do possível, a disparidade que a ruptura do casamento cria nas respectivas condições de vida dos cônjuges. Significa dizer que esta relação de causalidade é da essência da prestação compensatória, criada para repelir, mediante adoção de abordagem unitária, as referências anteriores às funções alimentícia e indenizatória. O aspecto alimentar é afastado porque a disparidade pode ultrapassar questões atribuídas unicamente ao dever de socorro. A questão indenizatória porque, como veremos, uma prestação compensatória pode ser atribuída sem considerar a culpa de quaisquer dos cônjuges. Pretendemos assim assegurar, conforme o caso,

---

1016 Art. 255. O Juiz pode:
(...)
6º Fixar a pensão alimentícia e a provisão para as custas do processo que um dos consortes deverá pagar ao outro, e designar o ou os responsáveis pelo pagamento das dívidas;" (tradução nossa);

1017 SAFATIAN, Saman. La rédaction du Code civil, Napoleonica. *La Revue 2013/1* (N° 16), p. 49-63. DOI 10.3917/napo.131.0049. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-napoleonica-la-revue-2013-1-page-49.htm. Acesso em: 05 jun. 2020.

1018 CARBONNIER, Jean. *Droit Civil:* La Famille. 16 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p.265.

um reequilíbrio entre duas situações cuja disparidade foi ocultada pela comunhão de vida.[1019]

Segundo relatório obtido no site do Senado Francês[1020], o legislador teve por objetivo separar o regime pecuniário da imputação de responsabilidades pelo fim do casamento e, principalmente, reduzir as fontes de conflitos futuros mediante fixação de compensação de valor fixo, em regra, e praticamente definitivo.

Jean Carbonnier, redator da lei de 11 de julho de 1975, foi responsável por praticamente exaurir as possiblidades de pensões alimentícias entre ex-cônjuges no ordenamento jurídico francês. Ela foi mantida nos casos de separação de corpos, para o cônjuge que permanecesse com os filhos menores do casal com o escopo de lhes garantir o sustento, e, por fim, ela poderia ser convencionalmente estipulada. Salvo essas exceções, o princípio era de que a prestação compensatória deveria substituir a pensão alimentícia[1021], estabelecendo, dessa forma, um novo sistema de consequências pecuniárias em razão do divórcio que pretendeu se dissociar da antiga pensão alimentícia prevista no artigo 301 do Código Civil francês.

O legislador à época entendeu que as pensões alimentícias eram demandas que, frequentemente não pagas, pesavam consideravelmente para o ex-cônjuge que delas necessitasse – que eram, em sua maioria, as mulheres. Nesse sentido, a intenção era buscar o pagamento de uma prestação compensatória em capital e conferir a ela um caráter orçamentário para que fossem evitados novos contenciosos pós-divórcio como demandas de revisão. O princípio norteador da lei era, portanto, a concentração das consequências ou dos efeitos do divórcio a fim de que fossem diminuídos os litígios após o seu pronunciamento.[1022]

Dessa forma, o instituto da prestação compensatória pode ser tido como a nova técnica substitutiva da pensão alimentícia conjugal. O referido instituto, nos moldes franceses, consiste numa prestação destinada a compensar, na medida do possível, a disparidade criada pela extinção do casamento nas condições de vida do cônjuge (art. 270 do Código Civil francês) e possui um *caractère forfaitaire*, na forma de um capital a ser fixado pelo juiz. Tal atributo significa que o valor do benefício será estabelecido na decisão do divórcio (ou por convenção entre as partes) em um valor fechado, fixo, definitivo, previamente determinado.[1023]

À época da criação do instituto, o objetivo foi concentrar as consequências do divórcio no momento de seu pronunciamento, para diminuir futuros litígios de cobrança ou revisão.[1024]. Ou seja, regular de forma definitiva o ponto crucial -

1019 TERRÉ, François; GOLDIE-GENICON, Charlotte; FENOUILLET, Dominique. *Droit Civile:* La Famille. 9 ed. Paris: Éditions Dalloz, 2018, p.226.

1020 Informação disponível em: https://www.senat.fr/rap/r03-117/r03-11715.html. Acesso em: 20 ago. 2019.

1021 MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. *La Famille.* 2. ed. Issy-les-Moulineaux: Defrénois, 2006. p. 318.

1022 MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. *La Famille.* 2. ed. Issy-les-Moulineaux: Defrénois, 2006. p. 319.

1023 REY, Alain. *Dictionnaire Le Robert Micro.* Paris: LeRobert, 2008.

1024 MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. *La famille*. 2.ed. Issy-les-Moulineaux:

pensão/indenização – que tantas vezes era objeto de prolongamento no tempo dos efeitos do divórcio.

A fixação da referida prestação compensatória vem disciplinada no artigo 271 do Código Civil francês:

> **Artigo 271**: A prestação compensatória é fixada segundo as necessidades do cônjuge ao qual ela é versada e as possibilidades do outro tendo em conta a situação no momento do divórcio e a evolução desta dentro de um futuro previsível.
> Para este efeito, o juiz tomará em consideração principalmente:
> - a duração do casamento;
> - idade e estado de saúde dos esposos;
> - suas qualificações e escolhas profissionais;
> - as consequências das escolhas profissionais feitas por um dos cônjuges durante a vida conjunta para a educação dos filhos e do tempo que ainda faltar consagrar para sua conclusão ou o tempo favorecido à carreira do seu cônjuge em detrimento da sua;
> - o patrimônio estimado ou previsível dos cônjuges, tanto em capital quanto em rendimentos, após a liquidação do regime matrimonial;
> - seus direitos existentes e previsíveis;
> - suas situações respectivas em matéria de pensões de aposentadoria sendo estimada, tanto que possível, a diminuição dos direitos à aposentadoria que poderá ser causada, pelo cônjuge credor da prestação compensatória, pelas circunstâncias estipuladas na sexta alínea.[1025] (tradução nossa)

A pretensão do instituto em estudo é compensar a variação das condições de vida dos ex-cônjuges, gerada por ocasião do divórcio. Diante disso, é que as situações dos sujeitos, no momento do divórcio, hão de ser alvo de análise a fim de que se identifique o necessitado e a medida da sua necessidade e, paralelamente, a medida da possibilidade do outro. Não se pode olvidar que é a diferença de recursos dos divorciados que autoriza a determinação da prestação. Superada essa fase de mensuração das condições de vida respectivas, há que se definir o possível equilíbrio delas. Esse será o limite quantitativo da prestação compensatória.

---

Defrénois, 2006.

1025 ***Article 271****: La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible.*
*A cet effet, le juge prend en considération notamment:*
*- la durée du mariage;*
*- l'âge et l'état de santé des époux;*
*- leur qualification et leur situation professionnelles;*
*- les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne;*
*- le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial;*
*- leurs droits existants et prévisibles;*
*- leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa*

Para avaliar a disparidade causada com o divórcio e assim definir o valor da prestação compensatória, exemplifica o artigo 272 do Código Civil francês alguns aspectos a serem levados em consideração pelo juiz. São eles: "a idade e o estado de saúde dos cônjuges; o tempo já consagrado ou que eles precisarão ainda consagrar para a educação dos filhos; suas qualificações profissionais; sua disponibilidade de novos empregos; seus direitos existentes e previsíveis; [...] seu patrimônio, tanto em capital quanto em rendimentos, após a liquidação do regime matrimonial."

Outro fator de destaque da prestação compensatória que a distingue da pensão alimentícia, está previsto no artigo 273 do Código Civil francês: "a prestação compensatória tem um caráter orçamentário."[1026] Caráter orçamentário, grosso modo, significa não revisável. Isto é, a prestação compensatória, uma vez definida em determinados moldes, persistirá sob eles. Inadmissível pretender modificá-la, segundo mudança da fortuna de qualquer dos envolvidos (como nos alimentos).

Talvez essa assertiva possa causar alguma estranheza quando se retorna ao artigo 271, 1ª alínea, 2ª parte. Esse dispositivo manda levar em conta, na fixação do valor da prestação compensatória, a evolução, no futuro possível, da situação havida no momento do divórcio. Ocorre que, ao contrário do que inicialmente possa parecer, a consideração de tal evolução é plenamente compatível com o caráter orçamentário. Isso porque é inadmissível a revisão, uma vez que a lei se preocupou em evitar que a prestação, no futuro, torne-se insuficiente ou demasiada. E a forma encontrada para tanto foi justamente já embutir essa margem de variação no quantum a ser definido como o devido.

"A prestação compensatória adotará a forma de capital, cuja importância será fixada pelo juiz." Esta é a redação do artigo 274 do Código Civil francês. Falar em capital é falar em fundo, em reserva de dinheiro ou patrimônio. Devendo assim se apresentar a prestação compensatória, é possível identificá-la como dívida de valor. Sobretudo porque, não sendo revisável (caráter orçamentário), uma vez definida, desliga-se de qualquer relação ou situação que a possa ter justificado. Torna-se deveras um valor apenas. Nesse sentido, passam a valer as considerações feitas por Arnold Wald:[1027] "esta dívida de valor não tem caráter alimentar."

Mais do que isso, sendo mero valor a prestação compensatória, é plenamente admissível a renúncia: "possível renunciar a uma prestação compensatória."[1028]

---

1026 A redação desse artigo, da forma como foi transcrita, já respeita a modificação introduzida pela Lei nº 2000-596, de 30 de junho de 2000, cuja entrada em vigor se deu em 1º de julho do mesmo ano. A prescrição anterior, oriunda da reforma de 1975, ainda que já previsse o caráter orçamentário, admitia a revisão da prestação compensatória, nos casos de excepcional gravidade.
«Art. 273. La prestation compensatoire a un caractère forfaitaire. Elle ne peut être revisée même en cas de chagement imprévu dans les ressources ou les besoins des parties, sauf si l'absence de revision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnele gravité.»

1027 WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro*: o novo direito de família. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 150.

1028 Deve-se ressalvar, porém, que o civilista faz a citada consideração referindo-se à pensão alimentícia conjugal devida, segundo as regras nacionais. Diante disso, o que se pretendeu com a citação foi apenas aproveitar a ideia, ainda que o contexto do qual ela foi extraída seja completamente distinto do presente.

O artigo 274 do Código Civil francês, na forma original instituída por meio da Lei n. 75-617, de 11 de julho de 1975, previa que "quando a consistência dos bens do esposo devedor da prestação compensatória permitir, a verba assumirá a forma de um capital." Esse 'capital' mencionado pela lei deve ser lido como uma reserva em dinheiro ou um bem.

A Lei n. n. 75-617, de 1.975 dispôs que apenas em caráter excepcional a prestação poderia ser fixada sob a forma de renda periódica. Entretanto, a impossibilidade de muitos devedores da prestação compensatória em reunir ou dispor imediatamente do valor estimado, somado a questões fiscais, fez com que a exceção passasse a ser a regra.

O Senado francês apurou que em 1982 oitenta e cinco por cento das prestações compensatórias já eram fixadas sob a forma de renda periódica[1029]. Diante do desvio da ideia inicial, foi editada a Lei n. 2000-596, em 30 de junho de 2000, a qual reafirmou o princípio da verba fixa em dinheiro e flexibilizou as condições para revisão das rendas periódicas.

Quanto às modalidades das quais se poderá revestir esse capital, é o artigo 275 do Código Civil francês que define: "pagamento em soma de dinheiro; bens em espécie, móveis ou imóveis, em propriedade, em usufruto, para o uso ou habitação, valendo a sentença como forçosa cessão em favor do credor; depósito dos valores gerados de renda em mão de terceiro encarregado de pagar ao cônjuge credor a prestação compensatória até o término fixado". A escolha da modalidade fica a cargo do juiz, que, para tanto, deve se atentar ao que melhor aprouver aos cônjuges.

Todavia, pode ocorrer que o devedor não tenha capacidade de pagar sob nenhuma das modalidades. Nesse caso, o Código Civil francês admite a fixação de capital sob a forma de pagamentos mensais ou anuais, com limite de oito anos (art. 275-1, 1ª alínea). É aqui que começam a se concentrarem os equívocos, comprometendo-se a intenção de se instituir a prestação compensatória como técnica totalmente diversa da pensão alimentícia.

Quanto a se autorizar a formulação de capital a ser pago mensal ou anualmente, nenhuma impropriedade. Impropriedade é definir que as regras a reger essas periódicas prestações sejam "as regras aplicáveis às pensões alimentícias", conforme faz o artigo 275-1, 1ª alínea, in fine.[1030] Isso desmerece a própria característica da prestação compensatória em compreender a forma de capital (dívida de valor), desatrelada da situação que a gerou. Afinal, a primeira consequência trazida pela utilização das regras alimentares é a vinculação contínua do quantum da prestação periódica à situação dos sujeitos envolvidos. Isto é, levam-se sempre em conta as condições que estes encerram em determinado tempo.

Tanto assim, que a 2ª alínea do mesmo artigo 275 vem admitir a revisão dessa modalidade de pagamento, quando modificada a situação dos cônjuges. Inclusive, autoriza o juiz, se for o caso, a estender o pagamento a tempo superior ao limite

1029 Texto n. 151 elaborado pelo Senado Francês em 1996 sobre o projeto de lei que deu origem ao texto final da Lei n. 2000-596.

1030 O artigo 276-1 do CCF também incorre em equívoco de mesmo teor. Ao determinar que a renda será indexada, dita que o índice desta indexação será como em matéria de pensão alimentícia.

de oito anos. Dessa vez, afronta-se, além da forma própria de capital da prestação compensatória, que a desvincula das condições dos cônjuges, também seu caráter orçamentário, que veda justamente a revisão.

A 3ª alínea do artigo 275, enfim, determina a transferência do encargo aos herdeiros do devedor, caso venha a falecer.

Pode ser, ainda, que a prestação compensatória seja estipulada sob a forma de renda vitalícia. Assim o será quando a idade e a saúde do cônjuge credor não lhe permitirem promover, por si mesmo, sua subsistência (art. 276 do CCF).[1031] Sucessivas alterações legislativas foram, pouco a pouco, reaproximando a prestação compensatória da pensão alimentícia por ela sucedida, conforme se extrai do texto n. 151 elaborado pelo Senado Francês em 1996, sobre o projeto de lei que deu origem ao texto final da Lei n. 2000-596. Pensa-se, porém, que a vitaliciedade não é característica compatível com a prestação compensatória.

Tem-se insistido em dizer que a determinação da prestação compensatória vislumbra a situação díspar nascida no momento do divórcio. O objetivo do instituto é, pois, sanear situação desequilibrada que passa a existir pela ruptura repentina da vida em comum. Embora o desequilíbrio possa protrair-se no tempo, essa prestação tem o objetivo de simplesmente colocar os cônjuges em patamar equânime logo após a dissolução do vínculo.

Se um cônjuge apresenta idade avançada ou estado de saúde comprometido, efetivamente não tem condições de se manter e, provavelmente, nem as terá. Não se deve, por isso, pretender estipular a compensação por todo o tempo de necessidade, que permanecerá. A necessidade não é causa suficiente para a fixação da prestação compensatória. Ela somente pode ser fixada se o comprometimento adveio do fim da vida em comum. A prestação compensatória deve se restringir em equiparar as disformes condições, criadas pelo divórcio. É essa a sua função.

A partir do momento em que não existe mais o casamento, cabe a cada um dos cônjuges tentar se restabelecer, encontrando outras formas de sustento, que não o dever conjugal de socorro. Afinal, esse acabou. Por isso, tornar a prestação compensatória vitalícia é desvirtuar o instituto.

O artigo 270, conforme se teve oportunidade de ver, admite que um cônjuge poderá ser obrigado a pagar ao outro a prestação compensatória, quando o divórcio traga disparidade nas condições de vida respectivas. Ou seja, não há qualquer diferenciação quanto a quem pode ou não vir a ser credor. Basta que haja a disparidade. Nesses termos, possível seria reconhecer que o ordenamento francês, de forma acertada, abandonou a retrógrada ideia da culpa e da sanção dela decorrente. Possível seria, não fosse o artigo 280-1.

> Art. 280-1. O cônjuge, pelos erros exclusivos de quem o divórcio é pronunciado, não tem direito a nenhuma prestação compensatória. Todavia, ele pode obter uma indenização a título excepcional se, levando-se em conta a duração da vida em comum e da colaboração fornecida à profissão do outro cônjuge, evidencia-se contrária à

1031 Para esse caso também é prevista a regra de transmissão hereditária sem respeito às forças da herança, conforme se extrai do artigo 276-2 do CCF.

> equidade recusar-lhe toda a compensação pecuniária seguida do divórcio. (tradução nossa)

Infelizmente, então, a culpa continua a ensejar privações ao seu autor. Não progrediu, nesse aspecto, o Direito francês. A própria concessão do direito de indenização ao culpado só se justificou em vista do princípio de vedação do enriquecimento sem causa, prevalecente sobre o de penalização daquele sujeito.

> Introduzir no projeto governamental esta disposição de equidade – evangélica? romântica? – foi, durante os debates parlamentares, correlacionado à ideia de enriquecimento sem causa, o que tinha o mérito, senão de convencer, ao menos de marcar uma ligação com qualquer solução anteriormente admitida pela jurisprudência.[1032] (tradução nossa)

Além da culpa verificada, o Código Civil francês comete erro muito maior. A culpa presumida, por meio da iniciativa do divórcio, além de também afastar o direito à prestação compensatória, impede o fim do dever de socorro. "Quando o divórcio for declarado pela cessação da convivência conjugal, o cônjuge que tomou a iniciativa estará completamente obrigado ao dever de socorro." (art. 281 do Código Civil francês).

### 12.2.6.2 A (in)aplicabilidade da prestação compensatória no Brasil

Examinadas as características da prestação compensatória francesa, é possível estabelecer a principal diferença entre o ordenamento jurídico francês e brasileiro: enquanto na França as pensões alimentícias permanecem como exceção, para um período transitório que antecede a decretação do divórcio, no Brasil elas são a regra.

Igualmente, é possível inferir que a utilização do termo alimentos para fazer alusão à prestação compensatória é imprópria, uma vez que, assim denominado, ele rompe com a ideia do instituto originário que foi criado justamente para ter uma sistematização diversa das pensões alimentícia[1033]. Fernando Simão, a partir da análise da natureza jurídica e das características dos alimentos e da prestação compensatória, também alerta para o equívoco da expressão "alimentos compensatórios".[1034]

---

1032 TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. *Droit civil:* les persones, la famille, les incapacités. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 488-489.

1033 CAMPOS, Isabel Prates de Oliveira; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A (in) aplicabilidade dos "alimentos" compensatórios no Brasil: uma análise comparada com a prestação compensatória do Direito francês. *In*: SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de; POLI, Leonardo Macedo. (Org.). *Direito Civil na contemporaneidade* – vol. 3. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p.187.

1034 "Alimentos que não tem nenhuma característica de alimentos não são alimentos". Além disso, os chamados "alimentos" compensatórios representam "*um desvio de categoria e um engano perigoso.*" (SIMÃO, José Fernando. Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso**.** *Revista do Instituto de Direito Brasileiro.* Ano 2, n. 6, p. 5841-5850, 2013).

A prestação compensatória é instituto inexistente na lei brasileira, apesar de sua crescente menção pela doutrina e decisões judiciais.[1035] Acerca das hipóteses de deferimento da prestação compensatória no Brasil, Marcellus Polastri Lima e Renata Vitória Oliveira S. Trancoso[1036] constataram que elas se dão principalmente nos seguintes casos: a. desequilíbrio econômico-financeiro por ausência de partilha; b. desequilíbrio econômico-social na partilha; c. compensação por uso exclusivo por um dos cônjuges do patrimônio comum.

Na primeira hipótese, a prestação compensatória é fixada quando não há meação em razão do regime de bens escolhido. Esclarece Flávio Tartuce[1037] que é o caso do regime da separação de bens, pois neste não há a comunicação de qualquer bem. Finda a sociedade conjugal ou convivencial, é possível que um dos consortes pleiteie ao outro uma *verba extra*, a título de prestação compensatória.

Nessa hipótese, a prestação compensatória seria fixada para amenizar a possível disparidade econômica-patrimonial que advém com a ruptura. Afirma Maria Berenice Dias[1038] que sua função é a de indenizar o cônjuge desprovido de bens e meação pela abrupta mudança de padrão econômico, "sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas que procura reduzir os efeitos deletérios surgidos da súbita indigência social, causada pela ausência de recursos pessoais, quando todos os ingressos eram mantidos pelo parceiro".

O Superior Tribunal de Justiça aplicou os "alimentos" compensatórios a caso semelhante. O Ministro Antônio Carlos Ferreira destacou em seu voto:

> Os alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, a seu turno, não têm por escopo suprir as necessidades de subsistência do credor, tal como ocorre com a pensão alimentícia regulada pelo art. 1.694 do CC/2002, senão corrigir ou atenuar eventual desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da ruptura do vínculo conjugal, em relação ao cônjuge desprovido de bens e de meação. *Nesse contexto, os alimentos compensatórios encontram especial aplicação nas hipóteses do rompimento de matrimônio celebrado pelo regime de separação de bens,* cuja ausência de divisão patrimonial ou comunicação de aquestos importe numa abrupta alteração do padrão de vida de um dos cônjuges, sem, no entanto, representar intervenção no regime convencional do casamento.[1039]

---

1035 Os prováveis precursores da discussão do tema no Brasil são Rolf Madaleno (MADALENO, Rolf. *Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios.* 2004. Disponível em: https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/obrigacao-dever-de-assistencia-e-alimentos-transitorios. Acesso em: 07 maio 2020) e Zeno Veloso (VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil. *In:* CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio:* estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010).

1036 TRANCOSO, Renata Vitória Oliveira S.; LIMA, Marcellus Polastri. *Alimentos compensatórios e as causas de seu deferimento no Brasil.* 2014. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista038/ALIMENTOS_COMPENSATORIOS_E_AS_CAUSAS_DE_SEU_DEFERIMENTO_NO_BRASIL.pdf. Acesso em: 03 jul. 2019.

1037 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* Direito de Família. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

1038 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 10. ed . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 596.

1039 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.290.313/AL. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. *Diário de Justiça,* Brasília, 07 nov. 2014, grifo nosso.

Ora, não se deve confundir meação com direito a alimentos. Ainda que o regime de bens do casamento seja o da separação convencional, o direito a alimentos entre os cônjuges não sofre nenhum abalo. Portanto, independentemente do regime de bens adotado, podem os cônjuges reclamar alimentos entre si, devendo o montante da prestação alimentícia ser estipulado de acordo com a necessidade do cônjuge alimentário e a capacidade do cônjuge alimentante.

Evidencia-se, portanto, que o principal fundamento da obrigação alimentar se encontra no princípio da solidariedade familiar, que não é afetado pelo regime de bens do casamento. Nem mesmo o disposto no artigo 1.688 do Código Civil, que permite aos cônjuges acordarem no pacto antenupcial como cada um irá contribuir para as despesas e gastos decorrentes do lar conjugal, tem o condão de interferir no direito a alimentos que é recíproco entre eles.

É de se observar, portanto, o equívoco de aplicação dos fundamentos da prestação compensatória nessa hipótese, uma vez que sua fundamentação já se encontra abarcada pela definição de alimentos legítimos previstos no artigo 1.694 do Código Civil e, também, pela absoluta falta de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, aponta criticamente Luciano L. Figueiredo acerca da autonomia das partes na escolha do regime de bens em face da fixação da prestação compensatória:

> a) a escolha do regime de bens é feita com autonomia, sem vícios de consentimento, devendo ser respeitada; b) caso desejassem, os consortes poderiam ter alterado o regime de bens no curso do relacionamento, não havendo *prisão obrigacional* em um determinado regime de bens e c) a aquisição patrimonial fora das hipóteses de comunicabilidade ou em regime restritivo é ato lícito, o qual não deve ser mitigado pelo direito por via transversa.[1040]

No mesmo sentido, manifesta-se Luiz Otávio Rodrigues Júnior[1041]:

> Quem se cercou das reservas de um pacto matrimonial, com os custos emocionais que lhes são inerentes, poderá ter suas cautelas postas por terra em face de uma decisão judicial que lhe condene a pagar "alimentos compensatórios", muita vez sob o color de substituir um regime (querido) de separação convencional por outro de comunhão parcial.

A outra hipótese de aplicação da prestação compensatória aqui no Brasil se refere ao desequilíbrio econômico decorrente da separação mesmo quando há partilha dos bens amealhados na constância da união. Nesse sentido, a doutrina:

1040 FIGUEIREDO, Luciano L. Alimentos Compensatórios: Compensação Econômica e Equilíbrio Patrimonial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil.* Vol. 6 – Out / Dez 2015. p. 42-68.

1041 RODRIGUES JÚNIOR, Luiz Otávio. *Alimentos compensatórios no Brasil e no exterior* (parte 4). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-fev-05/direito-comparado-alimentos-compensatorios-brasil-exterior-parte. Acesso em: 07 maio 2020.

> Vê-se, portanto, que haver ou não partilha de bens pode ser critério indiferente para a fixação dos alimentos compensatórios, já que, por exemplo, pode um dos cônjuges ter em sua propriedade uma rentável empresa enquanto ao outro reste apenas bens que não tenham retorno financeiro imediato, por exemplo, a casa onde habita o redor de alimentos compensatórios.[1042]

E o seguinte julgado:

> APELAÇÃO. REVISÃO DE ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS, INDENIZATÓRIOS E DE MÚTUA ASSISTÊNCIA. PROVA. I. Os alimentos são devidos quando demonstradas a necessidade de quem os pede e a possibilidade de quem os presta. Art. 1.695 do CC. II. *A partilha desigual de bens foi compensada por pensão alimentícia,* não havendo prova de mudança na situação fática que justifique sua revisão. III. Apelação da ré provida.[1043]

De igual forma, não procedem os argumentos para justificar a aplicação da prestação compensatória nessa hipótese, pois são incompatíveis com as regras vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o juiz, ao determinar a meação, deverá buscar a máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens, sob pena de negativa de vigência ao art. 2017 do Código Civil, não havendo, portanto, possibilidade de ser fixada divisão desigual entre as partes, a menos que tal determinação seja oriunda de um acordo.

A última e mais frequente hipótese de fundamentação para a aplicação da prestação compensatória aqui no Brasil se refere à utilização exclusiva por somente um dos cônjuges do patrimônio comum do casal até que seja ultimada a partilha. Nesse sentido, o seguinte julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL - ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS - EX-CÔNJUGE - ADMINISTRAÇÃO EXCLUSIVA DA EMPRESA DO CASAL - VERBA DEVIDA - METADE DO LUCRO MÉDIO DA EMPRESA - TERMO FINAL - PARTILHA DE BENS. *O ex-cônjuge varão que se encontra na administração da empresa de propriedade do casal deve destinar ao ex-cônjuge virago verba alimentar de natureza compensatória*, fixada em valor correspondente à metade do lucro médio da empresa, até que se ultime a partilha de bens.[1044]

É evidente a confusão feita pelos tribunais entre o instituto da prestação compensatória e os "alimentos" provisórios previstos no artigo 4º, parágrafo único

---

1042 TRANCOSO, Renata Vitória Oliveira S.; LIMA, Marcellus Polastri. *Alimentos compensatórios e as causas de seu deferimento no Brasil.* 2014. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista038/ALIMENTOS_COMPENSATORIOS_E_AS_CAUSAS_DE_SEU_DEFERIMENTO_NO_BRASIL.pdf. Acesso em: 03 jul. 2019.

1043 DISTRITO FEDERAL. T*APC: 20140910102667 DF 0010075-17.2014.8.07.0009*, Relator: VERA ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/11/2014, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 09/12/2014. p. 351, grifo nosso.

1044 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC: 10480130046711002 MG, Relator: Afrânio Vilela, Data de Julgamento: 06/05/2014, Câmaras Cíveis/2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/05/2014, grifo nosso.

da Lei de Alimentos de 1968[1045] que constituem a divisão dos rendimentos e frutos advindos dos bens comuns do casal, conferindo um ressarcimento àquele cônjuge desprovido da propriedade dos bens da meação.

Conforme destaca José Fernando Simão, na hipótese do art. 4º, parágrafo único da Lei de Alimentos, o que alguns chamam de alimentos, por equívoco no tratamento da categoria jurídica, trata-se de renda líquida dos bens comuns (nos exatos termos da Lei de Alimentos) e esta verba não tem caráter alimentar. Visa apenas, a que o cônjuge que administra bem comum, não fique com os frutos que parcialmente pertencem ao outro. E continua:

> Em se tratando de valor pago porque um dos cônjuges está administrando os bens comuns e recebendo seus frutos, essa importância segue exatamente o dito anteriormente: pode ser cedida, pode ser transmitida, pode ser objeto de renúncia, pode ser compensada, sofre os efeitos da supressio, e, também, o valor pode ser penhorado pelos credores do cônjuge que o recebe. Por fim, caso o valor seja fixado pelo juiz, a pretensão de cobrança prescreve em 3 anos conforme o caput do art. 206, parágrafo 3º do Código Civil, que cuida do enriquecimento sem causa e não no prazo especial do parágrafo segundo do art. 206. Nesta última hipótese, o que alguns chamam de alimentos, por equívoco no tratamento da categoria jurídica, trata-se de renda líquida dos bens comuns (nos exatos termos da Lei de Alimentos) e esta verba não tem caráter alimentar. Visa apenas, a que o cônjuge que administra bem comum, não fique com os frutos que parcialmente pertencem ao outro. Aliás, a regra tem inspiração no Condomínio. Se um dos condôminos administra bem comum, deve entregar os frutos aos demais condôminos, pois, afinal, administra bem que só lhe pertencem em parte. E no Condomínio se fala em "alimentos" compensatórios? A resposta é negativa.[1046]

A natureza indenizatória da verba descrita no art. 4º, parágrafo único da Lei de Alimentos é confirmada pela impossibilidade de cobrança sob pena de prisão.

Conclui-se que não se trata de verba alimentar, mas meramente indenizatória. Por isso, o inadimplemento dessa "prestação" não pode levar às mesmas consequências do inadimplemento da obrigação alimentar, não se justificando, pois, com base no seu inadimplemento, a decretação da prisão do devedor.

Conforme esclarece outra parte da doutrina, a natureza jurídica da prestação fixada nesses casos não se refere ao desequilíbrio socioeconômico advindo da ruptura, mas sim à vedação ao enriquecimento sem causa, previstos nos artigos 884 e 886 do Código Civil, sendo, portanto, desnecessária a criação de uma nova figura jurídica para abarcar tal hipótese.[1047]

---

1045 Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.

1046 SIMÃO, José Fernando. Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro.* Ano 2, n. 6, p. 5841-5850, 2013.

1047 TRANCOSO, Renata Vitória Oliveira S.; LIMA, Marcellus Polastri. *Alimentos compensatórios e as causas de seu deferimento no Brasil.* 2014. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista038/ALIMENTOS_COMPENSATORIOS_E_AS_CAUSAS_DE_SEU_DEFERIMENTO_NO_BRASIL.pdf. Acesso em: 03 jul. 2019.

Portanto, a análise realizada demonstra que o instituto alienígena da prestação compensatória vem sendo utilizado no Brasil de forma bastante equivocada, muitas vezes como resposta à aplicação deficitária das normas já existentes no ordenamento nacional.

A prestação compensatória invocada por parte da doutrina e por julgados ocupa, em grande parte, espaço dos alimentos civis mal aplicados. A rigor, a disparidade econômica entre os ex-cônjuges ou companheiros decorrente da separação pode ser corrigida por meio da correta aplicação, pelos magistrados, da norma relativa aos alimentos familiares, na análise do caso concreto. A deficiente aplicação da lei, por si só, não justifica a 'importação' de um novo instituto.

Diante de todo o exposto, o caminho que se propõe é o da reafirmação dos alimentos civis já previstos em lei (artigo 1.694 do Código Civil), de natureza eminentemente assistencial, aplicados de modo que a condição de vida desfrutada pelo casal seja efetivamente considerada em sua fixação, proporcionalmente às possiblidades do alimentante, examinadas de forma ampla.

## 12.2.7. Alimentos transitórios

Conforme já exposto, os alimentos não devem servir à instalação do parasitismo do alimentário, mas para assisti-lo, na conservação de uma vida digna em sociedade. O caráter assistencial dos alimentos não se confunde com fonte de renda vitalícia. Por isso, sempre que possível, o indivíduo, por força própria, deverá buscar os meios necessários para se manter e fazer cessar a sua necessidade de receber alimentos de outrem. Trata-se da efetivação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV da CF/88). Nesse sentido, se potencialmente o alimentário tem condições ou perspectiva de, num futuro próximo, adquirir a autossubsistência, razoável é, desde logo, a fixação de um prazo ou a estipulação de uma condição para a cessação da obrigação alimentar. São os chamados alimentos transitórios.

Em 2001, o Des. Francisco Figueiredo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sem especificar que se tratava de alimentos transitórios, fixou-os no seguinte caso que reflete bem a aplicação e pertinência da transitoriedade:

> In casu, temos um cenário deveras sutil e excepcional. Um casal - ele médico; ela, veterinária, sem exercício - vivia na Comarca de origem uma vida de conforto, bem acima da média das cidades de interior. O varão fecha o seu consultório, muda de cidade, deixando lá a sua esposa que, por decorrência, foi morar no Rio de Janeiro em imóvel do pai dela. Propugna alimentos para si e seus filhos menores, estudantes. A sentença, que deve ter surpreendido satisfatoriamente ao Réu, declarou a improcedência da ação. Com relação aos filhos, estou de acordo. Eles moram e estudam em Belo Horizonte e são sustentados diretamente pelo pai, afirmação que não foi desfibrada. Com relação à esposa, foi negado o seu direito. A justificativa do Réu, acolhida pela sentença e, a final, pela Promotoria Pública, é que a Autora é Médica Veterinária e tem como se manter. A questão merece exame. Eu perguntaria a qualquer pessoa, se teria coragem de se tratar com um médico, formado há mais

> de vinte (20) anos e que nunca exerceu a profissão. Na falta de outro médico, "quem não tem cão, tem que caçar com gato". E isto não é o sensato. [...] Não concordo com o argumento sentencial. É possível que a varoa, por ter um diploma superior, tem, em tese, uma ferramenta adequada para manejo de sua subsistência. Por outro lado, é necessário, para tal, uma reciclagem de estudo, com uma esperança maior de que o mercado de trabalho na cidade do Rio de Janeiro é incomensuravelmente melhor do que o de Bom Despacho. Por isto é que fixo a pensão equivalente a três (3) salários mínimos, durante o prazo certo de doze (12) meses a partir, excepcionalmente, da sentença, prazo para a varoa se reciclar e se manter, ficando o Réu desobrigado dela, após cumprimento, salvo se na Ação de Dissolução da Sociedade Conjugal entre os cônjuges, for disposto, pelas partes, o contrário.[1048]

Cabe esclarecer que os alimentos transitórios também podem ser estipulados entre os parentes. Cita-se como exemplo o filho maior que estuda em horário integral e necessita de alimentos. Não parece absurdo condenar um pai que tem possibilidade a pagar alimentos transitórios nessa situação. Os alimentos seriam devidos por um determinado período, ou condicionados ao término dos estudos e à conquista do mercado de trabalho. Nesse diapasão:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FILHA - MAIORIDADE - CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL - EXERCÍCIO DA PROFISSÃO CONDICIONADO À REALIZAÇÃO DE ESTÁGIO, PELO PERÍODO DE SEIS MESES - FIXAÇÃO DE ALIMENTOS TRANSITÓRIOS - CESSAÇÃO FUTURA DO ENCARGO ALIMENTAR - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PLEITEADA NAS RAZÕES RECURSAIS. 1) Os ALIMENTOS TRANSITÓRIOS possuem nítido cunho resolúvel, vigorando pelo prazo fixado na decisão judicial, com sua cessação automática após o fim do termo. 2) Justifica-se tal espécie de ALIMENTOS, porque, às vezes, o dever alimentar pode ser fixado para descendentes maiores que, em um primeiro momento, precisam da ajuda paterna para se inserir no mercado de trabalho. 3) A assistência judiciária pode ser concedida em qualquer fase do processo, mediante simples requerimento da parte interessada, gozando a declaração de pobreza firmada pela parte de presunção iuris tantum de veracidade. Contudo, a decisão que concede aquele benefício produz efeitos apenas "ex nunc", não alcançando os atos processuais anteriores à sua obtenção.[1049]

Assim, os alimentos transitórios são devidos, especificamente, durante o tempo suficiente à conquista pelo alimentário da própria subsistência. Expirado o prazo ou a condição, presumindo-se ter o alimentário, por si próprio, adquirido os meios necessários à sua manutenção, a pensão se extingue, independentemente do ajuizamento da ação exoneratória. Tem-se que a fixação do prazo serviria de alerta e estímulo àquele que, apesar de momentaneamente necessitar dos alimentos, potencialmente detém as condições para, num breve período, ingressar no mercado de trabalho. Nesse sentido:

---

1048 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC nº 000.231.076-1/00. Relator: Des. Francisco Figueiredo, julgado em 13/11/2001. *Diário de Justiça de Minas Gerais,* Belo Horizonte, 07 dez. 2001.

1049 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n° 1.0079.04.175002-1/002* - 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Brandão Teixeira. Data do Julgamento: 04/08/2009.

PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. IMPUTAÇÃO DE CULPA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE PERDÃO TÁCITO. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. 1. A presunção de perdão tácito declarada pelo TJ/MG constitui circunstância fática imutável na via especial, a teor da Súmula 7/STJ. 2. A boa-fé objetiva deve guiar as relações familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente. 3. De acordo com os arts. 1.694 e 1.695 do CC/02, a obrigação de prestar alimentos está condicionada à permanência dos seguintes pressupostos: (i) o vínculo de parentesco, ou conjugal ou convivencial; (ii) a necessidade e a incapacidade do alimentando de sustentar a si próprio; (iii) a possibilidade do alimentante de fornecer alimentos. 4. O fosso fático entre a lei e o contexto social impõe ao Juiz detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de visualização ou de intelecção no processo, para a imprescindível aferição da capacidade ou não de autossustento daquele que pleiteia alimentos, notadamente em se tratando de obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-compaheiros. Disso decorre a existência ou não da presunção da necessidade de alimentos. 5. A realidade social vivenciada pelo casal ao longo da união deve ser fator determinante para a fixação dos alimentos. Mesmo que se mitigue a regra inserta no art. 1.694 do CC/02, de que os alimentos devidos, na hipótese, são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando, não se pode albergar o descompasso entre o status usufruído na constância do casamento ou da união estável e aquele que será propiciado pela atividade laborativa possível. 6. A obrigação de prestar alimentos transitórios – a tempo certo – é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante – outrora provedor do lar –, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente. 7. Nos termos do art. 1.710 do CC/02, a atualização monetária deve constar expressamente da decisão concessiva de alimentos, os quais podem ser fixados em número de salários mínimos. Precedentes. 8. Recurso especial parcialmente provido.[1050]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DE EX-CÔNJUGE. NECESSIDADE COMPROVADA. INEQUÍVOCA DEPENDÊNCIA FINANCEIRA DA AUTORA EM RELAÇÃO AO VARÃO. ALIMENTOS ESTABELECIDOS EM CARÁTER TRANSITÓRIO. 1. Os alimentos em favor de ex-cônjuge têm por fundamento o dever de mútua assistência entre os cônjuges (art. 1.566, inc. III, do Código Civil) e a sua fixação depende de prova inequívoca das necessidades do beneficiário e das possibilidades da pessoa obrigada, nos termos do § 1º do art. 1.694 do CCB. 2. Sendo incontroverso que, nos últimos 6 anos, a autora apenas se dedicou às tarefas domésticas, não exercendo qualquer atividade remunerada durante a vigência do casamento, fica demonstrada sua dependência financeira em relação ao varão, razão pela qual se afigura correta a estipulação de alimentos provisórios em favor dela. Contudo, tratando-se de pessoa jovem, que possui recente formação em nível superior e com plena capacidade para o trabalho - não havendo qualquer alegação ou comprovação em sentido contrário -, os alimentos devem ser fixados em caráter transitório, apenas para possibilitar a mantença da beneficiária por prazo

---

1050 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1025769/MG*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 01/09/2010.

razoável até que ela obtenha colocação profissional. Assim, estabelece-se a vigência dos alimentos provisórios pelo prazo de um ano, a contar da data deste julgamento. Considerando que o demandado aufere benefício previdenciário cujo valor líquido supera a monta de R$ 4.300,00, à luz do binômio necessidade-possibilidade, não há causa para reduzir o encargo, que foi estipulado no montante de 40% do salário mínimo nacional. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME.[1051]

Claro que o período e o valor dos alimentos transitórios devem ser estipulados de acordo com o caso concreto. Fatores como a idade do alimentário, a profissão, a formação escolar, a experiência profissional anterior, entre outros, deverão ser considerados.

## 12.2.8. Obrigação alimentar em face da nova união do ex-cônjuge ou ex-companheiro

Segundo o Código Civil, artigo 1.708, com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Assim, caso o ex-cônjuge/ex-companheiro que recebe a pensão venha a se casar/unir novamente, o ex-cônjuge obrigado pode pedir a exoneração do pagamento da pensão.[1052] Curioso observar que

---

1051 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento, Nº 70078709946*, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 28-02-2019.

1052 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. SEPARAÇÃO DE FATO QUE OCORREU A PELO MENOS TREZE ANOS. DEMONSTRAÇÃO DE QUE AUTORA CONSTITUIU NOVO RELACIONAMENTO, EM UNIÃO ESTÁVEL, COM OUTRA PESSOA APÓS A SEPARAÇÃO. COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE PROVA ORAL E DOCUMENTAL. EXISTÊNCIA DE DOMICÍLIO COMUM. CONSTITUIÇÃO DE NOVA FAMÍLIA. MUDANÇA NA SITUAÇÃO FINANCEIRA DE QUEM OS SUPRE E NA DE QUEM RECEBE. OBSERVÂNCIA AOS TERMOS DO ARTIGO 1699 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE DEVE SER MANTIDA. 1. Como é cediço, o valor da pensão alimentícia, observadas as circunstâncias peculiares de cada caso concreto, deve ser fixado na proporção das necessidades e dos recursos das partes, na forma dos artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil. 2. A exoneração, redução ou majoração do encargo fixado a título de pensão subordina-se à alteração da situação econômico-financeira das partes, como preceitua o art. 1699, do CC. Não obstante tal disposição, verifica-se que a lei não estabelece parâmetros objetivos que possibilitem a identificação dessa mudança na situação econômica das partes, nem descreve quais motivos justificam a revisão da pensão alimentícia. Tal análise está adstrita à apreciação e à valoração das provas apresentadas. 3. In casu, mostra-se inquestionável que as partes se casaram em 01 de abril de 1979 (fl.22), sendo certo que, a parte ré não nega a duração do casamento ou ainda a dedicação da autora com a família durante o período do casamento. Contudo, impugna a sua obrigação com a autora, sobretudo, em razão da constituição de novo relacionamento, em união estável, com outro homem e da demonstração de boa condição financeira. 4. Em análise ao caso, conforme assinalado pelo magistrado a quo, pode-se verificar-se que após a separação de fato do réu a autora constituiu união estável com o Sr. Reinaldo com quem convive até os dias atuais. Extrai-se tal conclusão em razão do grande material fotográfico que demonstra os momentos com a nova família e as diversas viagens advindas ao longo dos anos após a separação com o réu, além da comprovação de domicílio comum. Ademais, corrobora com a argumentação, as testemunhas/informantes ouvidos no curso do processo, que foram uníssonas em ratificar o novo vínculo da autora, não se restringindo a um simples namoro. 5. Com efeito, diante da demonstração de que a demandante possui união estável com outra pessoa não subsiste o dever de mútua assistência decorrente do casamento, tendo em vista que a obrigação ora

o concubinato, apesar de não gerar direito a alimentos entre os concubinos, é causa de exoneração da obrigação alimentar. Por isso, o Enunciado 265 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal estabelece que: "Art. 1.708: Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu."

Por outro lado, o novo casamento, bem como a nova união estável do cônjuge devedor não extingue a obrigação alimentar, embora seja possível discutir a diminuição do valor da pensão. Evidente a mudança ocorrida em relação à Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77). De acordo com a Lei do Divórcio, artigo 30, se o cônjuge devedor da pensão viesse a casar-se, o novo casamento não alteraria sua obrigação. Portanto, não era possível sequer alterar o valor e, agora, diante da redação do artigo 1.709 do Código Civil, não é possível pedir a extinção da obrigação, mas possível será pleitear a diminuição.

## 12.2.9. Procedimento indigno como causa de cessação da obrigação alimentar

De acordo com o parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil, com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor. E o que é o procedimento indigno que autoriza a exoneração da obrigação alimentar? A lei não responde.

Na ausência de previsão legal para essa situação específica, possível é fazer analogia com as causas de exclusão do herdeiro ou legatário por indignidade previstas no artigo 1.814 do Código Civil. Assim, seriam indignos os atos atentatórios à vida e à honra do alimentante, ou seja, as hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 1.814 do Código Civil.

O Tribunal de Justiça de São Paulo apreciou demanda neste sentido no ano de 2015, tendo isentado o filho do dever de pagar pensão alimentícia à mãe, que havia matado o pai dele:

> Alimentos. Mãe em face do filho maior e professor. Genitora que cometeu crime de homicídio doloso em face do ex-cônjuge, pai do alimentante. Conduta que evidencia

---

pleiteada passa a existir entre os novos conviventes, o que afasta a responsabilidade do ex-cônjuge réu. 6. Outrossim, como assinalado nos autos, mormente do próprio depoimento pessoal da autora, não se verificou a alegada necessidade em receber o auxílio financeiro pleiteado, recebendo ajuda financeira dos pais e de seu atual companheiro, além do que informa que parte dos valores que recebia do réu eram repassados as filhas e netas comuns. 7. E mais, da análise do material acostado aos autos é possível notar, ao contrário do que pretende fazer crer a autora, que goza de padrão de vida confortável, realizando diversas viagens, inclusive internacionais, em companhia do companheiro, o que reforça a tese de desnecessidade dos alimentos para sua subsistência. 8. Por sua vez, o réu demonstrou um grande aumento de suas despesas diante de problemas de saúde, principalmente, após sofrer um AVC. Mantença do julgado. Fixação de honorários recursais, observada a gratuidade de justiça. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível, Nº 0011905-28.2018.8.19.0208*, Vigésima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Wilson do Nascimento Reis, Julgado em: 03-09-2020)

> comportamento indigno e ofensivo em face do filho. Aplicação do disposto no parágrafo único do art. 1.708 do c.c. art. 1.814, I, ambos do Código Civil. Pleito que fere a moralidade. O laço de sangue não é superlativo e não basta à imposição de pensão alimentícia. Alimentos indevidos. Sentença mantida. Recurso desprovido.[1053]

Tal entendimento está consubstanciado no Enunciado 264, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal que estabelece: "Art. 1.708: Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do Código Civil."

Ainda sobre o procedimento indigno, o Enunciado 345, aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, estabelece: "O 'procedimento indigno' do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor."

## 12.2.10. Alimentos gravídicos

"A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", é o que estabelece o art. 2º do Código Civil. Um dos direitos básicos do nascituro é o de se desenvolver naturalmente no útero materno até o nascimento. É sem dúvida a efetivação do direito à vida. Questão tormentosa sempre foi como efetivar o direito do nascituro a alimentos.

Assim, até a entrada em vigor da Lei nº 11.804/08, defendia-se que o nascituro, por meio do representante legal (mãe ou curador do nascituro), poderia pleitear alimentos provisórios (se havia prova pré-constituída do relacionamento dos genitores à época da concepção, por exemplo, a certidão de casamento) ou provisionais (se não havia prova pré-constituída do relacionamento dos genitores à época da concepção, mas demonstrado perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, requisitos necessários para a concessão da tutela provisória) ao suposto pai. Tal pedido se justificava diante da necessidade de assistência médica (pré-natal), alimentação, medicamentos, despesas hospitalares, enfim, o necessário para o desenvolvimento sadio no útero da mãe e posterior nascimento.

Portanto, já se reconhecia o direito a alimentos do nascituro.[1054] Entretanto, a efetivação desse direito, antes do nascimento com vida, era precedida de muita

---

1053 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível, Nº 0017611-74.2011.8.26.0003,* 7ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Rômolo Russo, Julgado em: 25-11-2015.

1054 EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DO NASCITURO. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa

cautela, pois, conforme já estudado, a irrepetibilidade é uma das características dos alimentos. Uma vez pagos, os alimentos não são restituíveis. Assim, se o suposto pai fosse condenado a pagar os alimentos e, após o nascimento, descobrisse que não era o pai, não poderia cobrar o que pagou ao nascituro.

Apesar da celeuma que o assunto sempre gerou, em 06/11/08, entrou em vigor a Lei nº 11.804/08, batizada de Lei dos Alimentos Gravídicos, que trata do direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido.

De acordo com os artigos 1º e 2º da Lei nº 11.804/08, a mulher gestante (e não o nascituro)[1055] poderá requerer do futuro pai alimentos referentes aos valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. Tais alimentos referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

---

grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006429096. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 13/08/2003. *Diário de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 13 ago. 2003).

1055 DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. DEMANDA ADVINDA DA GESTANTE. VINCULAÇÃO BIOLÓGICA DO NASCITURO COM O DEMANDADO PATENTEADA. DESPROVIMENTO DE RENDA PRÓPRIA. NECESSIDADE ALIMENTÍCIA PREMENTE. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO GENITOR. RENDA MENSAL. DEMONSTRAÇÃO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. FIXAÇÃO. PONDERAÇÃO DA VERBA. PARÂMETROS. MANUTENÇÃO ATÉ RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. 1. Consoante a gênese da prestação, os alimentos gravídicos devem compreender importe suficiente para cobrir as despesas adicionais inerentes ao período gestacional e que sejam dele decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as demandadas pela gestante com alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes, devendo, pois, ser modulados de acordo com as despesas que devem ficar afetas ao futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos (Lei nº 11.804/08, art. 1º e parágrafo único). 2. sua destinação, e se qualificando como uma das consequências materiais decorrentes do vínculo biológico jungindo o alimentante ao nascituro, a fixação dos alimentos gravídicos em caráter provisório demanda a ponderação das necessidades apresentadas pela gestante e a capacidade contributiva do futuro pai, consoante orienta o artigo 1.694, § 1º, do Código Civil, conduzindo à apreensão de que, mensurados em importe coadunado com as necessidades da alimentanda empiricamente apreendidas e com a situação financeira do alimentante, devem ser preservados até que as variáveis da equação que deve nortear a definição da obrigação em caráter definitivo sejam definidas na fase instrutória, inclusive porque, advindo o nascimento do filho, serão automaticamente convolados em prestação a ele destinada (Lei nº 11.804/08, art. 6º). 3. Agravo conhecido e desprovido. Unânime. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento, nº 0721985-85.2018.8.07.0000*, 1ª Turma Cível. Rel. Des. Teófilo Caetano. Data de julgamento: 15-05-2019. Brasília, TJDFT, 2019).

Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.[1056]

Os indícios (fotografias, cartas, e-mails, conversas em redes sociais etc.), que na verdade são provas, devem ser apresentados pelos autores, pois quem alega a paternidade deve provar. Registra-se que a comprovação definitiva poderia ser feita com o exame de DNA, pela punção transabdominal para coleta do líquido amniótico, de pequena porção da placenta ou até do sangue presente no cordão umbilical. Entretanto, além de caro, o exame pode apresentar risco, ainda que discreto, de abortamento. Considerando a irrepetibilidade dos alimentos, eis, então, o maior problema para a concessão dos alimentos gravídicos.

Após o nascimento, os alimentos gravídicos serão convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão. Terá a criança um título executivo judicial independentemente do reconhecimento da paternidade.

Fica perceptível, assim, que, em verdade, nenhuma mudança prática ocorreu ou ocorrerá com a Lei nº 11.804/08, já que, inviabilizada a comprovação prévia da paternidade, persiste o receio de definir a obrigação a devedor não pai, trazendo ao mesmo uma perda patrimonial irreversível, dada a irrepetibilidade dos alimentos. Assim, a concessão dos alimentos gravídicos continuará a ser precedida das mesmas cautelas tomadas pelos magistrados para a concessão dos antigos alimentos para o nascituro. Resumindo, do ponto de vista da aplicabilidade normativa, nada mudou com a Lei dos Alimentos Gravídicos.

## 12.2.11. Alimentos para a pessoa idosa

Os alimentos para a pessoa idosa, ou seja, para a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, são prestados na forma da lei civil e podem se originar em razão do parentesco ou em decorrência do matrimônio ou da união estável. Até aí nada de especial.

Por força do Estatuto da Pessoa Idosa – Lei nº 10.741/03, a atuação subsidiária do Poder Público na concessão de auxílio material restou expressa, é o que determina o artigo 14 da referida Lei: "Se a pessoa idosa ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social." Também, nenhuma novidade, pois, conforme já informado, a própria Constituição de 1988 (art. 203) estabelece que

1056 AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS PROVISÓRIOS. INDÍCIOS DE PATERNIDADE. FIXAÇÃO COM RAZOABILIDADE. 1. A ação de alimentos gravídicos admite a existência de meros indícios de paternidade, não sendo necessária a efetiva comprovação do vínculo de parentesco. 2. A fixação de alimentos gravídicos deve observar, além do binômio necessidade e capacidade, a razoabilidade, ante impossibilidade de análise aprofundada da situação financeira do alimentante e das necessidades reais da gestante. 3. Agravo conhecido e parcialmente provido. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 07000179120208079000* - (0700017-91.2020.8.07.9000 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. Acórdão 1252184. 7ª Turma Cível. Rel. Des. Fábio Eduardo Marques. Data de julgamento: 27-05-2020. Brasília, TJDFT, 2020).

a assistência social será concedida pelo Poder Público a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. Como forma de efetivar tal preceito, é garantido um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e à pessoa idosa que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Portanto, o benefício concedido pelo Estado está diretamente ligado à condição de miserabilidade, aliada à ausência de familiares em condições de assistir a pessoa necessitada.

De fato, duas novidades foram estabelecidas pelo Estatuto da Pessoa Idosa em relação aos alimentos para a pessoa idosa.

A primeira, diz respeito à possibilidade de o Promotor de Justiça ou de o Defensor Público referendar as transações relativas a alimentos, passando a ter efeito de título executivo extrajudicial, de acordo com o artigo 13 do Estatuto da Pessoa Idosa: “As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil.”

A outra novidade diz respeito à solidariedade da obrigação alimentar para a pessoa idosa, ou seja, por força do artigo 12 da Lei nº 10.741/03, a pessoa idosa pode optar entre os prestadores. A crítica que se faz não é contra a solidariedade que, em última análise, beneficia a pessoa idosa, mas a falta de isonomia, pois essa regra não foi estabelecida em benefício da criança e do adolescente, que também têm garantidos pela Constituição tratamento especial.

## 12.2.12. Alimentos entre tios, sobrinhos e primos

Os parentes em linha reta podem pedir alimentos uns aos outros, respeitada a ordem estabelecida em lei, ou seja, primeiro os ascendentes, depois os descendentes, sendo que o parente de grau mais próximo exclui o de grau mais remoto. Já na linha colateral ou transversal, de acordo com o artigo 1.697 do Código Civil, só há direito a alimentos entre os irmãos, portanto, só entre os colaterais de segundo grau. Tio não é obrigado a alimentar sobrinho, nem primos devem-se reciprocamente alimentos, pois são parentes na linha colateral de terceiro e quarto graus, respectivamente.[1057]

No entanto, para fins sucessórios, a ordem da vocação hereditária contempla os parentes em linha reta (ascendentes e descendentes) e os colaterais até o quarto grau. Portanto, por força de lei, tios, sobrinhos e primos podem ser herdeiros uns dos outros, de acordo com artigo 1.839 do Código Civil, apesar de não existir obrigação alimentar entre eles.

1057 AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA POR SOBRINHA EM RELAÇÃO À TIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO LEGAL. 1.- Segundo o entendimento deste Tribunal, a obrigação alimentar decorre da lei, que indica os parentes obrigados de forma taxativa e não enunciativa, sendo devidos os alimentos, reciprocamente, pelos pais, filhos, ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, não abrangendo, consequentemente, tios e sobrinhos (CC, art. 1.697). 2.- Agravo Regimental improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental No Recurso Especial AgRg no REsp 1305614/DF*. Relator Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 17/09/2013).

Como sistema único, o Direito Civil deve ser lido e interpretado à luz da Constituição Federal[1058] que destacou a dimensão existencial do homem com o princípio da dignidade da pessoa humana, colocado como fundamento da República Federativa do Brasil. Sendo assim, apesar de se tratar de institutos diferentes, alimentos e sucessões, é evidente a incoerência já que um sobrinho não pode pedir alimentos ao seu tio e, não obstante, esse mesmo tio pode ser herdeiro daquele sobrinho.

Além disso, considerar duas pessoas parentes e, no entanto, não reconhecer que o detentor de condições financeiras melhores deve sanar as carências daquele que tem necessidade, a fim de conceder-lhe uma situação adequada ao seu livre e pleno desenvolvimento da personalidade, afronta o princípio da solidariedade e, consequentemente, um dos objetivos da República (art. 3º, I da CF/88).

## 12.2.13. Alimentos intuitu familiae e intuitu personae

Os alimentos *intuitu personae* são aqueles estipulados individualmente, considerando as necessidades de cada beneficiário. Como exemplo, pode-se citar a hipótese daquele que paga pensão alimentícia equivalente a 30% dos seus rendimentos líquidos para os dois filhos e para o ex-cônjuge das seguintes maneiras: 10% para cada um; ou 12% para cada filho e 6% para o ex-cônjuge; ou 15% para o filho menor, 10% para o filho maior e 5% para o ex-cônjuge.

Já os alimentos fixados de forma global sem individualizar o montante ou a proporção de cada beneficiário caracterizam o pensionamento *intuitu familiae*. São determinados de acordo com as necessidades do grupo familiar como um todo, sem especificar a quota parte de cada beneficiário integrante do grupo. Como exemplo, pode-se citar a hipótese daquele que paga pensão alimentícia equivalente a 30% dos seus rendimentos líquidos para os dois filhos e para o ex-cônjuge, sem especificar a quota de cada beneficiário.

A distinção entre os alimentos *intuitu familiae* e *intuitu personae* ganha importância, principalmente, quando um dos beneficiários da pensão deixa de ter necessidade. Diante dessa situação, haverá diminuição proporcional do valor da pensão original ou poderá o valor da pensão continuar no mesmo patamar?

Nos alimentos estipulados *intuitu personae* dificuldades não há, pois tais alimentos foram estipulados individualmente, por isso, o valor da pensão vai variar de acordo com a situação individual de cada beneficiário. Assim, se alguém foi condenado a pagar alimentos para os três filhos menores no valor de nove salários-mínimos, sendo três salários-mínimos para cada filho, a independência financeira de um dos filhos irá determinar a redução do valor pago em três salários-mínimos, ou seja, o valor a ser reduzido será exatamente aquele correspondente ao que era devido ao filho que não mais necessita.

Por outro lado, a solução complica-se diante dos alimentos *intuitu familiae*, alternando a jurisprudência entre dois posicionamentos distintos.

1058 MADALENO, Rolf. Alimentos entre colaterais. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 28, p. 105-112, fev./mar. 2005, p. 112.

Há julgados que admitem a divisão dos alimentos *intuitu familiae* proporcionalmente, aplicando a regra do artigo 257 do Código Civil que estabelece: "havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores." Assim, se a pensão foi fixada com indicação de valor único, por exemplo, nove salários-mínimos para os três filhos, sem especificar a cota de cada beneficiário, presume-se que a cada um toca uma parte igual à do outro, correspondente à fração resultante do número de beneficiários. Sendo três os beneficiários, a pensão de um corresponde a um terço do valor global fixado.[1059]

Entretanto, o entendimento majoritário é no sentido de não se permitir a redução, de plano, do valor da pensão fixada *intuitu familiae*, em razão da exclusão de um dos beneficiários, sem se perquirir os reflexos que tal redução representará na entidade familiar. Foi a entidade familiar a beneficiária da verba e não cada um dos seus membros isoladamente, por isso, o desligamento de um dos alimentários não autoriza a redução proporcional do valor automaticamente. Entretanto, ocorrendo a redução das necessidades do grupo familiar, imperioso também será a redução do valor da pensão alimentícia. A verificação da situação atual deverá ser feita por meio da ação revisional e, tratando-se de verba alimentar fixada englobadamente a todos os alimentários, necessária será a formação do litisconsórcio passivo.[1060]

---

1059 EMENTA: EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - PLURALIDADE DE CREDORES - IMPLEMENTO DE CONDI-ÇÃO RESOLUTIVA - DIREITO DE ACRESCER QUE NÃO SE PRESUME - REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENSÃO. Assumindo o alimentante a obrigação de pensionar seus três filhos até a conclusão do curso superior - circunstância que justificou o "quantum" dos alimentos, fixados englobadamente - e ocorrendo o implemento dessa condição quanto a um deles - conclusão do 3º grau e ingresso no mercado de trabalho - não é justo e nem jurídico que o pensionamento não sofra proporcional redução, com base na quota-ideal de cada alimentando, porquanto o direito de acrescer - que não se presume - não foi objeto do acordo homologado judicialmente. Impõe-se esse reflexo sob pena de se onerar injustamente o alimentante, que continuaria a pagar a mesma pensão, ainda que inexistente a situação fático- jurídica que a justificou. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Proc. n. 1.0105.01.043863-5/001(1)*. Relator: Nepomuceno Silva, julgamento em 17/02/2004. Diário de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, 10 mar. 2004).

1060 EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - PENSÃO INTUITU FAMILAE - MAIORIDADE E INDEPENDÊNCIA DA FILHA - IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO AUTOMÁTICA DE 1/3 DO VALOR DOS ALIMENTOS - NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. A antecipação da tutela se limita aos casos em que se configura fundado receio de dano grave ou de difícil reparação ou quando evidenciado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e para que seja concedida devem estar presentes a verossimilhança das alegações e a prova inequívoca. Quando a pensão alimentícia é fixada 'intuito familiae', ou seja, sem definição especificada dos percentuais cabíveis a cada um dos beneficiários, excluído um deles, não é possível a redução automática e proporcional da pensão referente ao excluído, eis que, os alimentos foram fixados em prol da família e não da pessoa. Dessa forma, não seria justo, simplesmente, pela retirada da filha como beneficiária diminuir a pensão em 1/3, sem observar as provas dos autos. Na verdade, o critério para fixação da pensão continua sendo o mesmo: possibilidade e necessidade. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Proc. nº 1.0024.07.392845-9/002(1)*. Relator: Dárcio Lopardi Mendes, julgado em 06/12/2007. *Diário de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 12 fev. 2008).

REVISÃO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE. ALIMENTOS INTUITO FAMILIAE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE DOIS ALIMENTADOS. NULIDADE ABSOLUTA. 1. Sendo postulada a exoneração de alimentos em relação a um dos alimentados e a revisão do valor do encargo alimentar, não poderia ter curso o processo sem a citação

Portanto, tratando-se de alimentos *intuitu familiae*, a cessação da obrigação para um dos beneficiários não tem o condão de determinar automaticamente a diminuição proporcional do valor da pensão paga pelo alimentante. A diminuição dependerá do convencimento do magistrado que só se formará após a instauração do contraditório, assegurando, assim, aos demais alimentários o direito à ampla defesa.

## 12.2.14. Alimentos definitivos, provisórios e provisionais

Alimentos definitivos são aqueles estabelecidos por meio de uma sentença judicial da qual não caiba mais recurso.

Os alimentos provisórios são os fixados em ação especial de alimentos, enquanto os provisionais são devidos em razão da medida cautelar, portanto, na prática, a diferença principal entre eles recai sobre o procedimento. Os efeitos são similares, pois tanto os provisórios quanto os provisionais antecedem os alimentos definitivos.

Os alimentos provisórios são aqueles arbitrados pelo juiz, sem ouvir o réu, ao despachar o pedido, conforme artigo 4º da Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos). Constituem adiantamento da tutela, concedido pelo juiz no início da ação, visando à garantia do necessário à subsistência do autor, até que se decida sobre o direito

---

regular de todos os destinatários da verba de alimentos. 2. Como a pensão alimentícia foi fixada sem a definição de percentuais em favor dos três filhos do casal, a fixação foi feita intuito familiae e não intuito personae, motivo pelo qual não poderia ser estabelecida qualquer alteração no quantum sem o regular chamamento de todos os alimentados, o que torna imperiosa a desconstituição da sentença e para que seja providenciada na citação dos outros dois filhos destinatários da verba, sendo-lhes aberta a oportunidade de defesa. Sentença desconstituída. Prejudicado o exame dos pleitos recursais. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível, Nº 70076068154,* Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 28-02-2018).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO EXONERATÓRIA DE ALIMENTOS - OBRIGAÇÃO "INTUITO FAMILIAE" - TRÊS ALIMENTANDOS - EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO QUANTO AOS DOIS FILHOS MAIORES - REVISÃO DA PENSÃO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE VIRAGO - NECESSIDADE COMPROVADA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REDUÇÃO FINANCEIRA DO ALIMENTANTE - SENTENÇA MANTIDA. 1) A obrigação alimentar se prolonga no tempo, sendo comum o surgimento de alterações fáticas na situação de necessidade do alimentando e/ou de possibilidade do alimentante que acabem por tornar desproporcional o dever até então fixado, a ensejar a sua revisão com amparo na cláusula "rebus sic standibus", consagrada no art. 1699 do Código Civil de 2002 e no art. 15 da Lei nº. 5.478/68. 2) No caso em que não é fixada uma porcentagem de alimentos para cada alimentando, mas sim uma quantia global para o núcleo familiar, conclui-se que os alimentos possuem natureza "intuito familiae", de modo que a exoneração da obrigação alimentar em relação aos dois filhos que já atingiram a maioridade civil e se casaram não implica na automática redução, pela metade, dos alimentos que ainda são devidos à ex-esposa, sendo necessário aferir a atual capacidade financeira de ambos os interessados a fim de se fixar um valor proporcional. 3) Comprovada a ausência de alteração da capacidade econômica do alimentante e da situação de necessidade da alimentanda, deve ser mantida a obrigação do cônjuge varão de prestar alimentos à virago, tal como definida em primeira instância, de modo a permitir que a beneficiária, já idosa, aposentada e com problemas de saúde, possa viver condignamente. 4) Recurso não provido. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0024.11.312583-5/001*, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/08/2015, publicação da súmula em 08/09/2015).

aos alimentos e sua fixação definitiva. No entanto, tal medida só merece proteção quando há pressuposição de que exista a obrigação, ou seja, com a apresentação de provas pré-constituídas do vínculo familiar.

Já os alimentos provisionais não têm, a partir da vigência do atual Código de Processo Civil, uma previsão legal específica. No CPC de 1973, o instituto tinha seção própria no capítulo destinado aos procedimentos cautelares específicos (arts. 852 a 854 do CPC/1973). Naquele diploma, os alimentos provisionais eram arbitrados em medida cautelar, preparatória ou incidental, de ação de separação judicial, divórcio, nulidade ou anulabilidade de casamento ou de alimentos, dependendo da comprovação dos requisitos inerentes a toda medida cautelar, ou seja, *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Os provisionais destinavam-se a manter o requerente durante a tramitação da lide principal. Todavia, na legislação processual civil de 2015, e que entrou em vigor em 2016, os alimentos provisórios não foram especificamente disciplinados, o que não significa impossibilidade de sua concessão, de acordo com Maria Berenice Dias:

> Como sempre houve dificuldade em diferenciar alimentos provisórios e provisionais, o Código de Processo Civil deixou de provê-los. Afinal, quando se busca, em juízo, alimentos que não foram atendidos espontaneamente, em face da natureza urgente do direito, não importa a que título são fixados. Basta o pedido de alimentos provisórios, com a possibilidade de concessão em caráter temporário para garantir a subsistência do credor durante a tramitação do processo.[1061]

De fato, persistem os alimentos provisionais[1062], e seguindo o entendimento de Flávio Tartuce,

---

1061 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 848-849.

1062 RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DECORRENTE DE INADIMPLEMENTO DE ALIMENTOS FIXADOS A TÍTULO DE MEDIDA PROTETIVA, NO ÂMBITO DE AÇÃO PENAL DESTINADA A APURAR CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. 1. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. VERIFICAÇÃO. ANÁLISE, DE OFÍCIO, DA LICITUDE DO DECRETO PRISIONAL, EM RAZÃO DA MAGNITUDE DO DIRETO CONSTITUCIONAL DO WRIT. NECESSIDADE. 2. HIGIDEZ DA DECISÃO PARA SUBSIDIAR A IMEDIATA COBRANÇA JUDICIAL DA VERBA ALIMENTAR. RECONHECIMENTO. 3. NATUREZA SATISFATIVA DA MEDIDA (E NÃO ASSECURATÓRIA). DESNECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRINCIPAL NO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS. RECONHECIMENTO. 4. SUBSISTÊNCIA DO DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS ENQUANTO PERDURAR A SITUAÇÃO DE HIPERVULNERABILIDADE, DESENCADEADA PELA PRÁTICA DE VIOLAÇÃO DOMÉSTICA E FAMILIAR. RECONHECIMENTO. 5. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR MANTIDA ATÉ A REVOGAÇÃO JUDICIAL DA DECISÃO QUE A FIXOU. NECESSIDADE. 6. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. 1. Não obstante a existência de vícios formais que obstam o conhecimento do recurso, dada a magnitude da garantia constitucional do habeas corpus, decorrente da proteção do direito à liberdade a que visa assegurar, impõe-se o exame de suas razões para constatação de eventual flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. Controverte-se no presente recurso ordinário em habeas corpus, se a decisão proferida no processo penal que fixa alimentos provisórios ou provisionais em favor da então companheira e de sua filha, em razão da prática de violência doméstica, estribada no art. 22, V, da Lei n. 11.340/2006 e, no caso dos autos, ratificada em acordo homologado judicialmente no bojo da correlata execução de alimentos constitui título hábil para cobrança (e, em caso de inadimplemento, passível de decretação de prisão civil) ou se, para tal propósito, seria necessário o ajuizamento, no prazo de 30 (trinta) dias, de ação

> estarão enquadrados em algumas das regras relativas à tutela provisória, de urgência ou de evidência, entre os artigos 300 a 311 do CPC/2015. Somente a prática familiarista poderá demonstrar qual a categoria em que se situará o instituto. Entretanto, diante do costume jurisprudencial anterior, possivelmente o enquadramento se dará no procedimento cautelar de caráter antecedente, nos termos dos arts. 305 a 310 do Estatuto Processual em vigor.[1063]

Tratando-se de tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que

---

principal de alimentos (propriamente dita), sob pena de decadência do direito. 3. A medida protetiva de alimentos, fixada por Juízo materialmente competente é, por si válida e eficaz, não se encontrando, para esses efeitos, condicionada à ratificação de qualquer outro Juízo, no bojo de outra ação, do que decorre sua natureza satisfativa, e não cautelar. Tal decisão consubstancia, em si, título judicial idôneo a autorizar a credora de alimentos a levar a efeito, imediatamente, as providências judiciais para a sua cobrança, com os correspondentes meios coercitivos que a lei dispõe. Compreensão diversa tornaria inócuo o propósito de se conferir efetiva proteção à mulher, em situação de hipervulnerabilidade, indiscutivelmente. 4. O inciso V do art. 22 da Lei n. 11.340/2006 faz menção a alimentos provisórios ou provisionais, termos que são utilizados, no mais das vezes, como sinônimos. Embora não o sejam tecnicamente, a diferença é apenas terminológica e procedimental, guardando entre si, na substância, inequívoca identidade, destinando-se a garantir à alimentanda, temporariamente, os meios necessários à sua subsistência, do que ressai a sua natureza eminentemente satisfativa, notadamente porque a correspondente verba alimentar não comporta repetição. Desse modo, à medida protetiva de alimentos (provisórios ou provisionais) afigura-se absolutamente inaplicável o art. 806 do CPC/1973 (art. 308 do CPC/2015), que exige o ajuizamento de ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de perda da eficácia da medida, já que não se cuida de medida assecuratória/instrumental. 5. O entendimento que melhor se coaduna com os propósitos protetivos da Lei n. 11.340/2006 é o que considera subsistentes os alimentos provisórios e provisionais enquanto perdurar a situação de vulnerabilidade desencadeada pela prática de violência doméstica e familiar e não, simplesmente, enquanto perdurar a situação de violência. 5.1 O dever de prestar alimentos, seja em relação à mulher, como decorrência do dever de mútua assistência, seja em relação aos filhos, como corolário do dever de sustento, afigura-se sensivelmente agravado nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse contexto de violência, a mulher encontra-se em situação de hipervulnerabilidade, na medida em que, não raras as vezes, por manter dependência econômica com o seu agressor senão por si, mas, principalmente, pelos filhos em comum, a sua subsistência, assim como a de seus filhos, apresenta-se gravemente comprometida e ameaçada. 5.2 A par da fixação de alimentos, destinados a garantir a subsistência da mulher em situação de hipervulnerabilidade, o magistrado deve, impreterivelmente, determinar outras medidas protetivas destinadas justamente a cessar, de modo eficaz, a situação de violência doméstica imposta à mulher. Compreender que a interrupção das agressões, por intermédio da intervenção judicial, seria suficiente para findar o dever de prestação de alimentos (a essa altura, se reconhecido, sem nenhum efeito prático) equivaleria a reconhecer a sua própria dispensabilidade, ou mesmo inutilidade, o que, a toda evidência, não é o propósito da lei. A cessação da situação de violência não importa, necessariamente, o fim da situação de hipervulnerabilidade em que a mulher se encontra submetida, a qual os alimentos provisórios ou provisionais visam, efetivamente, contemporizar. 5.3 A revogação da decisão que fixa a medida protetiva de alimentos depende de decisão judicial que reconheça a cessação de tal situação, cabendo, pois, ao devedor de alimentos promover as providências judiciais para tal propósito, sem o que não há falar em exaurimento da obrigação alimentar. 6. Recurso ordinário não conhecido, inexistindo qualquer ilegalidade do decreto prisional impugnado que autorize a concessão da ordem de habeas corpus, de ofício. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinario Em Habeas Corpus RHC 100446 / MG*. Terceira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Data do julgamento: 27/11/218. Publicação: 05/12/2018).

1063 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito de família – v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 668.

deduzido o pedido de tutela cautelar, como prevê o artigo 308 do Código de Processo Civil, sob pena de caducidade da medida.

Eis mais uma diferença entre os alimentos provisórios e provisionais: os primeiros, uma vez concedidos, são devidos até o julgamento final da ação, inclusive do recurso extraordinário (art. 13, § 3º, da Lei nº 5.478/68), diferentemente do que ocorre com os alimentos provisionais, que podem ser revogados a qualquer tempo, como ocorre com as tutelas provisórias, nos termos do artigo 296 do Código de Processo Civil.

## 12.2.15. Base de incidência dos alimentos

Os alimentos devem ser estipulados de acordo com a possibilidade de quem paga e a necessidade de quem recebe. Quando o devedor da pensão alimentícia tem vínculo empregatício, geralmente, por força de ordem judicial, os alimentos devidos são descontados pelo empregador do alimentante e depositados na conta do alimentário ou do seu representante. Nessas situações, surge o seguinte questionamento: qual é a base de incidência para se efetuar o desconto em folha de pagamento?

Para se verificar adequadamente o *quantum* devido pelo alimentante, importante ter como referência aquilo que ele recebe em caráter permanente, por períodos certos. Por isso, tem-se que os alimentos devem ser estipulados com base nas verbas de natureza salarial, pois tais verbas geralmente não variam com o tempo e são as mais indicadas para arcar com as necessidades do alimentário, que também é constante e não sofrem, em circunstâncias normais, grandes variações. Portanto, devem ser consideradas na base de incidência da pensão alimentícia, além do salário-base, as seguintes verbas: 13º salário, horas extras habituais e outras verbas de natureza salarial e pagas habitualmente.[1064]

As verbas de natureza indenizatória e as de caráter aleatório, ligadas à pessoa do trabalhador, destinadas a premiar o seu esforço pessoal e estabelecidas em situações especiais e provisórias, não devem ser consideradas no cálculo dos alimentos, pois tais verbas não representam o ganho habitual do alimentante. A obrigação alimentar não pode transformar o alimentário em *sócio* do alimentante. Por isso, na base de incidência da pensão alimentícia, não devem ser consideradas as seguintes verbas: indenização por rescisão arbitrária ou sem justa causa, férias remuneradas em dobro, remuneração por horas extras não habituais e outras gratificações pagas espontaneamente e sem habitualidade. Nesse sentido:

---

1064 AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 1.042 DO NCPC) - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO ALIMENTANTE. 1. Nos termos do REsp n.º 1.106.654/RJ, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou no sentido da incidência da pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias (REsp 1106654/RJ, Rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Segunda Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 16/12/2009). 2. Agravo interno desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1027630/RJ*, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 27/03/2018)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS. INCIDÊNCIA. ALIMENTOS. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 568/STJ.
> 1. Ação de alimentos.
> 2. A jurisprudência do STJ possui entendimento de que as verbas pagas em caráter transitório e independentes do exercício habitual das funções do empregado tais como os prêmios e a participação nos lucros da empresa detêm caráter indenizatório e não configuram remuneração, de modo que a participação nos lucros e resultados não deve integrar a base de cálculo da pensão alimentícia. Súmula 568/STJ.
> 3. Agravo interno não provido.[1065]

Assim, se a necessidade do alimentando for integralmente satisfeita pelo alimentante com aquilo que ele recebe em caráter permanente, as verbas de natureza indenizatória e as de caráter aleatório, ligadas à pessoa do trabalhador, não devem ser consideradas no cálculo dos alimentos. Contudo, excepcionalmente, quando não for possível satisfazer integralmente a necessidade de alimentando com aquilo que o alimentante recebe em caráter permanente, as verbas indenizatórias e de caráter aleatório poderão ser consideradas. Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO DE ALIMENTOS. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. INCLUSÃO. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE JUSTIFICADA. SÚMULA 568/STJ.
> 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de ser possível a incidência da pensão alimentícia sobre a participação nos lucros e resultados, desde que demonstrada a necessidade do alimentado. Precedente.
> 2. Agravo interno não provido.[1066]

## 12.2.16. Alimentos e salário mínimo

De acordo com artigo 7º, IV da CF/88, “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservam o poder aquisitivo, <u>sendo vedada sua vinculação para qualquer fim</u>;” (grifo nosso)

É diante da vedação estabelecida ao final do citado inciso que, em um contrato de locação, o valor do aluguel não pode ser estipulado em salário mínimo, bem como num contrato de compra e venda a prazo as prestações tenham como referência

---

1065 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp n. 2.066.459/PR*, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/10/2022, DJe de 5/10/2022.

1066 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp n. 1.964.261/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/3/2022, DJe de 23/3/2022.

o salário mínimo. Resta saber, então, se diante desse dispositivo constitucional a pensão alimentícia sofre a mesma restrição.

A vinculação das prestações alimentícias ao salário mínimo não é incompatível com a Constituição, pois ambos têm por natureza a mesma finalidade, ou seja, representam necessário para a subsistência da pessoa.[1067] O STF já se manifestou a respeito e adotou este entendimento, admitindo, exatamente, pelos fundamentos expostos, a indexação da pensão alimentícia pelo salário mínimo.[1068]Além disso, o CPC/15, quando a indenização por ato ilícito incluir a prestação de alimentos, expressamente admite que a prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário-mínimo (art. 553, §4º do CPC/15).

## 12.2.17. Alimentos e imposto de renda

Em junho de 2022, por maioria, o Plenário do STF deu interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 7.713/88, aos artigos 4º e 46 do Anexo do Decreto 9.580/218 e aos artigos 3º, caput e parágrafos 1º e 4º, do Decreto-lei nº 1.301/73, que preveem a incidência de IR nas obrigações alimentares. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5422, decidiu o STF afastar a incidência do Imposto de Renda (IR) sobre valores decorrentes do direito de família recebidos a título de alimentos ou de pensões alimentícias.

Entendeu o STF que a materialidade do imposto de renda está conectada com a existência de acréscimo patrimonial, aspecto presente nas ideias de renda e de proventos de qualquer natureza, o que não acontece em relação aos alimentos, pois o alimentante usa a sua própria renda (já tributada), para cumprir a obrigação alimentar. Além disso, submeter os valores recebidos a título de alimentos ao Importo de Renda representaria nova incidência do mesmo tributo sobre a mesma

---

1067 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 938.

1068 EMENTA: PENSÃO ESPECIAL. FIXAÇÃO COM BASE NO SALÁRIO MÍNIMO. C.F., ART. 7., IV. A vedação da vinculação do salário mínimo, constante do inc. IV do art. 7. da Carta Federal, visa a impedir a utilização do referido parâmetro como fator de indexação para obrigações sem conteúdo salarial ou alimentar. Entretanto, não pode abranger as hipóteses em que o objeto da prestação expressa em salários-mínimos tem a finalidade de atender as mesmas garantias que a parte inicial do inciso concede ao trabalhador e a sua família, presumivelmente capazes de suprir as necessidades vitais básicas. Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 170203/GO. Relator: Min. Ilmar Galvão, julgado em 30/11/93. *Diário de Justiça*, Brasília, 15 abr. 1994).

EMENTA: AÇÃO DE ALIMENTOS. FIXAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA COM BASE EM SALÁRIO MÍNIMO. ALEGAÇÃO DE MALTRATO AO ARTIGO 7., INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A fixação de pensão alimentícia tem por finalidade garantir aos beneficiários as mesmas necessidades básicas asseguradas aos trabalhadores em geral pelo texto constitucional. De considerar-se afastada, por isso, relativamente a essa hipótese, a proibição da vinculação ao salário mínimo, prevista no inciso IV do artigo 7. da Carta Federal. Recurso Extraordinário não conhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 134567/PR. Relator: Min. Ilmar Galvão, julgado em 19/11/1991. *Diário de Justiça*, Brasília, 06 dez. 1991).

No julgamento em sede de Repercussão Geral No Recurso Extraordinário Com Agravo ARE 842157 RG/DF, Tema 821, o Tribunal Pleno do STF fixou a seguinte tese: "A utilização do salário mínimo como base de cálculo do valor de pensão alimentícia não viola a Constituição Federal." Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

realidade (bitributação), ou seja, sobre a parcela que integrou o recebimento de renda ou de proventos pelo alimentante.

Em seu voto-vista, o Ministro Alexandre de Moraes esclareceu que a tributação não pode obstar o exercício de direitos fundamentais, de modo que "os valores recebidos a título de pensão alimentícia decorrente das obrigações familiares de seu provedor não podem integrar a renda tributável do alimentando, sob pena de violar-se a garantia ao mínimo existencial"[1069]

## 12.2.18. Alimentos e prestação de contas

A ação de exigir contas compete a quem tiver o direito de cobrá-las, ou a obrigação de prestá-las. São hipóteses: inventariança, tutela, curatela, depósito, entre outras.

Dúvida surge, na doutrina e na jurisprudência, a respeito da possibilidade de prestação de contas no exercício do poder familiar, pelo genitor que administra a pensão do filho, pois, geralmente, mesmo na hipótese de guarda compartilhada, a pensão é paga pelo genitor que não tem a companhia diária com o filho.

Aqueles que não admitem a ação de exigir contas alegam a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista a falta de relação entre quem paga a pensão alimentícia e aquele que convive diariamente com o filho, pois a pensão é do filho e não de quem com ele convive diariamente.[1070] Assim, o genitor que convive diariamente com o alimentário e administra a pensão seria parte passiva ilegítima para responder à demanda de prestação de contas, pois inexiste relação de direito material capaz de gerar a obrigação. Há decisões nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. FISCALIZAÇÃO DE CONTAS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SENTENÇA MANTIDA.
> 1. Não merece acolhida a pretensão de prestação de contas em face da genitora da alimentada, sob o pretexto de fiscalização da manutenção e educação da menor, sendo o autor carecedor do direito de ação, ante a ausência de interesse de agir, sobretudo porque eventual comprovação da alegada má administração da verba alimentícia em prol do menor não se reverterá em qualquer proveito ao alimentante, em face da irrepetibilidade dos alimentos.
> 2. Apelo improvido.[1071]
> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. DEVEDOR. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. CRÉDITO. INEXISTÊNCIA. ADMINISTRAÇÃO. VALORES. GUARDA. EXCLUSIVIDADE. IRREPETIBILIDADE.

---

1069 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5422,* Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2022, Processo Eletrônico Dje-166 Divulg 22-08-2022 Public. 23-08-2022.

1070 Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 896.

1071 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 20130110336480APC* - (0008512-98.2013.8.07.0016 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça Acórdão 766021, 4ª Turma Cível, Relator: Arnoldo Camanho de Assis, Jugado em 26/02/2014.

> UTILIDADE. AUSÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nº 2 e 3/STJ). 2. A ação de prestação de contas tem a finalidade de declarar a existência de um crédito ou débito entre as partes. 3. Nas obrigações alimentares, não há saldo a ser apurado em favor do alimentante, porquanto, cumprida a obrigação, não há repetição de valores. 4. A ação de prestação de contas proposta pelo alimentante é via inadequada para fiscalização do uso de recursos transmitidos ao alimentando por não gerar crédito em seu favor e não representar utilidade jurídica. 5. O alimentante não possui interesse processual em exigir contas da detentora da guarda do alimentando porque, uma vez cumprida a obrigação, a verba não mais compõe o seu patrimônio, remanescendo a possibilidade de discussão do montante em juízo com ampla instrução probatória. 6. Recurso especial não provido.[1072]
>
> ALIMENTOS – O alimentante não tem direito de exigir prestação de contas das verbas pagas ao alimentado, pois, ao efetuar a transferência do numerário, este não mais lhe pertence. Carência de ação decretada e mantida.[1073]

Por outro lado, aqueles que admitem a prestação de contas, geralmente, socorrem-se do princípio da proteção integral da criança e do adolescente conjugado com o artigo 1.589 do Código Civil que estabelece: "O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação." Assim, se o genitor devedor de alimentos tem o direito de fiscalizar a manutenção dos filhos, a ação de exigir contas seria o instrumento próprio para a demonstração da aplicação dos recursos destinados ao menor, dirigido contra a pessoa do administrador.[1074] Em complemento, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[1075] indicam que também é adotado o teor do parágrafo 5º, que fora incluído pela Lei nº 13.058/2014, ao artigo 1.583 do Código Civil:

> A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a ação de exigir contas é recurso útil ao exercício do poder familiar, pois admite aferir o modo como a verba de manutenção vem sendo usada e julgar se, de fato, o melhor interesse da criança ou do adolescente está sendo atendido.

---

1072 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial *REsp 1637378 / DF.* Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 19/02/2019. Publicação: Dje 06/03/2019.

1073 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AC 134.637-4. Relator: Des. Egas Galbiatti, julgado em 28/02/2000. *Diário de Justiça de São Paulo*, São Paulo, 28 fev. 2000.

1074 Com esse entendimento: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 866-869.

1075 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 867.

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PENSÃO ALIMENTÍCIA. ART. 1.583, § 5º, DO CC/02. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. VIABILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. INTERESSE JURÍDICO E ADEQUAÇÃO DO MEIO PROCESSUAL PRESENTES. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE.PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Não há falar em omissão ou negativa de prestação jurisdicional, na medida em que o Tribunal gaúcho dirimiu, de forma motivada, as questões devolvidas em grau de apelação, pondo fim à controvérsia dos autos. 3. O cerne da controvérsia gira em torno da viabilidade jurídica da ação de prestar (exigir) contas ajuizada pelo alimentante contra a guardiã do menor/alimentado para obtenção de informações acerca da destinação da pensão paga mensalmente.4. O ingresso no ordenamento jurídico da Lei nº 13.058/2014 incluiu a polêmica norma contida no § 5º do art. 1.583 do CC/02, versando sobre a legitimidade do genitor não guardião para exigir informações e/ou prestação de contas contra a guardiã unilateral, devendo a questão ser analisada, com especial ênfase, à luz dos princípios da proteção integral da criança e do adolescente, da isonomia e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, que são consagrados pela ordem constitucional vigente. 5. Na perspectiva do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente e do legítimo exercício da autoridade parental, em determinadas hipóteses, é juridicamente viável a ação de exigir contas ajuizada por genitor(a) alimentante contra a(o) guardiã(o) e representante legal de alimentado incapaz, na medida em que tal pretensão, no mínimo, indiretamente, está relacionada com a saúde física e também psicológica do menor, lembrando que a lei não traz palavras inúteis. 6. Como os alimentos prestados são imprescindíveis para própria sobrevivência do alimentado, que no caso tem seríssimos problemas de saúde, eles devem ao menos assegurar uma existência digna a quem os recebe. Assim, a função supervisora, por quaisquer dos detentores do poder familiar, em relação ao modo pelo qual a verba alimentar fornecida é empregada, além de ser um dever imposto pelo legislador, é um mecanismo que dá concretude ao princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança ou do adolescente. 7. O poder familiar que detêm os genitores em relação aos filhos menores, a teor do art. 1.632 do CC/02, não se desfaz com o término do vínculo matrimonial ou da união estável deles, permanecendo intacto o poder-dever do não-guardião de defender os interesses superiores do menor incapaz, ressaltando que a base que o legitima é o princípio já destacado. 8. Em determinadas situações, não se pode negar ao alimentante não-guardião o direito de averiguar se os valores que paga a título de pensão alimentícia estão sendo realmente dirigidos ao beneficiário e voltados ao pagamento de suas despesas e ao atendimento dos seus interesses básicos fundamentais, sob pena de se impedir o exercício pleno do poder familiar. 9. Não há apenas interesse jurídico, mas também o dever legal, por força do § 5º do art. 1.538 do CC/02, do genitor alimentante de acompanhar os gastos com o filho alimentado que não se encontra sob a sua guarda, fiscalizando o atendimento integral de suas necessidades materiais e imateriais essenciais ao seu desenvolvimento físico e também psicológico, aferindo o real destino do emprego da verba alimentar que paga mensalmente, pois ela é voltada para esse fim. 9.1. O que justifica o legítimo interesse processual em

ação dessa natureza é só e exclusivamente a finalidade protetiva da criança ou do adolescente beneficiário dos alimentos, diante da sua possível malversação, e não o eventual acertamento de contas, perseguições ou picuinhas com a(o) guardiã(ao), devendo ela ser dosada, ficando vedada a possibilidade de apuração de créditos ou preparação de revisional pois os alimentos são irrepetíveis. 10. Recurso especial parcialmente provido.[1076]

Para além dos posicionamentos apresentados, é de se admitir que o próprio filho ajuíze a ação de exigir contas em face do guardião que lhe administra a pensão, pois é o filho, o titular do valor recebido a título de alimentos. Em tais situações, poderá ter aplicação o disposto no artigo 1.692 do Código Civil que estabelece: "sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial."

## 12.2.19. Cobrança dos alimentos legítimos

Há mais de uma forma de serem cobradas as prestações alimentícias vencidas e não pagas. Admite-se o desconto em folha (arts. 529 e 912 do CPC), em parcelas que não ultrapassem os 50% sobre os ganhos líquidos do devedor.[1077]. A cobrança das prestações em atraso pode também ser feita considerando outros rendimentos ou rendas do executado (art. 529, §3º[1078] do CPC).

É possível, ainda, dependendo do título executivo de que dispõe o credor, fazer uso do cumprimento de sentença, da execução de título executivo extrajudicial ou da coação pessoal. Admite-se, inclusive, pela natureza dos alimentos, o protesto do devedor de alimentos, bem como a penhora de numerário constante no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

---

1076 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.814.639/RS,* relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator para acórdão Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 9/6/2020, grifo nosso.

1077 Nesse sentido: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALIMENTOS. PENHORA DE VERBA SALARIAL. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITE DE 50%. ART. 529, § 3º, DO CPC. DECISÃO MANTIDA. 1. A possibilidade de penhora dos vencimentos do devedor para o pagamento de valores em execução de alimentos decorre do disposto nos artigos 529 e 833, § 2º, ambos do Código de Processo Civil. 2. Por força do disposto no art. 529, § 3º do CPC, é possível efetuar o desconto em contracheque do executado para pagamento de valores em execução de alimentos, ainda que em conjunto com os alimentos vincendos, desde que a quantia a ser penhorada não ultrapasse 50% (cinquenta por cento) do salário líquido do executado. 3. Agravo conhecido e desprovido. Decisão mantida. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 07013744320208070000, Acórdão 1274313,* Relator: ROBERTO FREITAS, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 12/8/2020, publicado no PJe: 28/8/2020).

1078 CPC: Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia. (...) § 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

Em relação ao FGTS, o STJ passou a admitir nos casos de execução de alimentos a penhora de valores relacionados ao referido direito trabalhista, de acordo com as informações do item 7 da Edição nº 109 das Jurisprudências em Teses, ferramenta de pesquisa disponível no sítio do Superior Tribunal de Justiça.[1079] Este também foi o entendimento consubstanciado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, quando da aprovação do Enunciado nº 572: "Arts. 1.695 e 1.701, parágrafo único, do Código Civil. Mediante ordem judicial, é admissível, para a satisfação do crédito alimentar atual, o levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS."

Finalmente, não há obrigatoriedade de o credor de alimentos primeiro executar o alimentando pelas vias menos gravosas para depois requerer as medidas coativas do artigo 528 do Código de Processo Civil. A natureza da obrigação alimentar autoriza que a escolha fique a critério exclusivo do credor. Além disso, se a opção escolhida foi a coação pessoal do devedor, nada impede que o credor, após a prisão ou a justificativa do devedor, pleiteie o prosseguimento pelo cumprimento de sentença ou pela execução de título executivo extrajudicial, caso ainda persista o inadimplemento.

### 12.2.19.1. Do Cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos e da execução de alimentos

O atual Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, disciplina tanto o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos quanto a própria execução de alimentos.

Além da diferença entre os procedimentos pelos quais se perfaz a exigência dos alimentos, o cumprimento e a execução também se distinguem pelos títulos que autorizam sua propositura. Assim, o cumprimento relaciona-se à exigibilidade dos títulos executivos judiciais previstos no artigo 515[1080] do CPC/15 e a execução

---

1079 TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. VALORES PROVENIENTES DE FGTS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte admite a penhora de verbas de natureza alimentar, bem como de valores decorrentes de FGTS, depositadas em conta corrente somente nos casos de execução de alimentos. Nas demais execuções, as referidas verbas estão resguardadas pela impenhorabilidade prevista no art. 649, inciso IV do CPC. Precedente: AgRg no REsp. 1.127.084/MS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 16.12.2010. 2. No caso, o acórdão regional está em dissonância com o entendimento desta Corte, pois trata-se de penhora de numerários oriundos do FGTS para pagamento de dívida fiscal. 3. Agravo Regimental desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental No Recurso Especial AgRg no REsp 1570755/PR*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Data do julgamento: 03/05/2016. Publicação: DJe 18/05/2016).

1080 CPC/15: Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:
I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;
II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;
III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;
IV - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal;

pode se dar em razão da existência de títulos executivos extrajudiciais, cujo rol exemplificativo está no artigo 784[1081] do CPC/15.

O cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos está previsto entre os artigos 528 e 533 do CPC/15 enquanto a execução de alimentos fundada em título executivo extrajudicial encontra-se disciplinada nos artigos 911 a 913 do CPC/15.

### 12.2.19.2. Coação pessoal

De acordo com o art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988, não haverá prisão civil por dívida – essa é a regra que deve ser adotada diante do valor da dignidade humana. A prisão civil não corresponde a uma resposta à prática de infração penal, mas a meio processual de coerção do inadimplemento, posto à disposição do Estado. No Brasil, só cabe a sua utilização na execução da obrigação alimentícia e desde que o inadimplemento seja voluntário e inescusável.[1082] Justifica-se a exceção

---

V - o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial;
VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado;
VII - a sentença arbitral;
VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;
IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça;
X - (VETADO).

1081 CPC/15: Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:
I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;
II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;
III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;
IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;
V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;
VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte;
VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio;
VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;
IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;
X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;
XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;
XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

1082 Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) arquivou, em 03/12/08, o Recurso Extraordinário (RE) 349703 e, por unanimidade, negou provimento ao RE 466343, que discutia a prisão civil de alienante fiduciário infiel. O Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos, pois o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento voluntário e inescusável de prestação alimentícia, foi incorporado

diante da importância do bem jurídico tutelado, ou seja, a preservação da própria vida do alimentário. Por isso, nem mesmo a existência de recursos pendentes de julgamento impede a prisão por falta de pagamento de pensão alimentícia. A garantia constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória não se aplica à execução de prestações alimentares, pois a prisão civil, diferentemente da penal, possui natureza eminentemente coercitiva, e não punitiva.

A execução sob pena de prisão só deve ocorrer em relação a débito recente, assim considerado pelo §7º do artigo 528 do CPC/15 e pela Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, somente os últimos três meses anteriores ao ajuizamento da execução. Se o credor deixa acumular os alimentos durante vários meses é porque não necessita de tais alimentos, pelo menos em caráter de sobrevivência. Assim, diante de um débito alimentar de 10 meses, o correto é dividir a execução. Os últimos três meses, mais as prestações que se vencerem no curso do processo, devem ser cobrados sob pena de prisão, tanto nas hipóteses de cumprimento de sentença quanto nas hipóteses de execução de alimentos fundada em título executivo extrajudicial. Já em relação aos sete meses restantes, a prisão civil não está compreendida.

Além disso, não se pode incluir na cominação de prisão as custas processuais e os honorários advocatícios, pois a dívida que autoriza a imposição da prisão é aquela diretamente ligada ao pensionamento em atraso, de natureza exclusivamente alimentar.

Cabe esclarecer que, embora a execução sob pena de prisão só deva ser utilizada para as prestações em atraso até três meses (art. 528, § 7º do CPC), nada impede que já no primeiro mês de atraso se utilize da prisão civil como forma de cobrança. Portanto, o credor não precisa esperar três meses de atraso para fazer uso da execução sob pena de prisão.

O devedor será citado para, em 3 dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo (arts. 528 e 911 do CPC). Caso não o faça, o juiz irá decretar a prisão do devedor por até 60 dias (art. 19 da Lei 5.478/68). O artigo 528, § 3º, do Código de Processo Civil estabelece o prazo da prisão civil de um a três meses. Por se tratar de regra restritiva da liberdade, estabelecida em caráter excepcional, melhor que se aplique a norma menos gravosa, ou seja, o juiz deverá estabelecer a pena restritiva de liberdade por até 60 dias.

A prisão não exime o devedor do pagamento das prestações alimentícias vencidas e vincendas. Por isso, deve a execução continuar por meio da coerção patrimonial por expropriação (art. 824 do CPC) ou por meio do cumprimento de sentença (art. 523, § 3º, do CPC).

---

ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma supralegal. Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. É o que se extrai do teor da Súmula Vinculante 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito." Em seguida, o Superior Tribunal de Justiça confirmou esse posicionamento com a publicação da Súmula 419: "Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel."

Cabe ainda esclarecer que é possível prender mais de uma vez o devedor da pensão alimentícia desde que não se trate do mesmo débito. Assim, caso o alimentante deixe de pagar os alimentos novamente, depois de já ter cumprido a pena restritiva de liberdade, cabível é uma nova execução sob pena de prisão.

Finalmente, de acordo com o posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, somente os alimentos oriundos das relações familiares, portanto, com base no princípio da solidariedade familiar, autorizam a prisão civil. Os alimentos oriundos do ato ilícito, que têm por finalidade restabelecer o *status quo ante* patrimonial, não autorizam a prisão civil do lesante que deixa de pagá-los.[1083]

Por fim, é oportuno destacar que, diante do cenário experimentado em razão da declaração pública de situação de pandemia em relação ao coronavírus pela Organização Mundial da Saúde, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça publicou as Recomendações n. 62, de 17 de março de 2020, e n. 122, de 03 de novembro de 2021. Por meio delas, os magistrados, com competência cível, foram recomendados (i) a considerar a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus (artigo 6º da Recomendação n.62); e (ii) a considerar, na análise dos pedidos de prisão por dívida alimentar, a situação concreta dos casos de COVID-19 no município e na população carcerária; o calendário vacinal local (a ver se já foram ofertadas todas as doses da vacina); e a recusa do devedor em vacinar-se (como medida de adiamento do cumprimento da obrigação alimentar).

Contudo, com a melhora do cenário da pandemia, do avanço da vacinação e da prioridade da subsistência alimentar de crianças e adolescentes, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em outubro de 2022, aprovou na 95ª Sessão do Plenário Virtual, recomendação orientando os magistrados a voltarem a decretar prisão de devedores de pensão alimentícia.

## 12.2.19.2.1. Agravo ou habeas corpus?

Segundo o artigo 19, § 2º, da Lei nº 5.478/68, contra a decisão que decreta a prisão do devedor de alimentos cabe agravo.

---

1083 HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS DEVIDOS EM RAZÃO DE ATO ILÍCITO. Quem deixa de pagar débito alimentar decorrente de ato ilícito não está sujeito à prisão civil. Ordem concedida. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. HC 92.100/DF. Relator: Min. Ari Pargendler, julgado em 13/11/2007. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 fev. 2008).
EMENTA: AGRAVO. PRISÃO CIVIL. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS ORIGINADOS EM AÇÃO DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. DIREITO FUNDADO EM ATO ILÍCITO. IMPOSSIBILIDADE. - A prisão civil por inadimplemento de verba alimentar somente é admitida nas relações jurídicas decorrentes do Direito de família. - Sendo o cumprimento de sentença decorrente de dívida alimentar de caráter indenizatório, oriunda de ato ilícito, em face de acidente de trânsito, é inadmissível a prisão civil do executado. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0035.11.017992-2/004, Relator(a): Des.(a) Luiz Carlos Gomes da Mata , 13ª Câmara Cível, julgamento em 11/04/2019, publicação da súmula em 11/04/2019).

Por outro lado, sempre que o devedor de alimentos sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, poderá valer-se da ação constitucional de *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da CF/88).

E agora, diante da prisão do devedor de pensão alimentícia qual o melhor caminho: agravo ou *habeas corpus*? Depende. Se a prisão for ilegal ou abusiva, claro que o *habeas corpus* é o mais indicado, pois é processado mais rapidamente no tribunal. Assim, se o juiz determinou a prisão do devedor de alimentos, sem lhe conceder o prazo de três dias para pagar, provar o pagamento ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, como determinam os artigos 528 e 911 do Código de Processo Civil, ou, ainda, na hipótese de o juiz ter decretado a prisão do devedor de alimentos de ofício, evidente tratar-se de prisão ilegal e, por isso, desafia o *habeas corpus*.[1084]

Na prática, o *habeas corpus* é mais utilizado, dada a celeridade do procedimento. Entretanto, há de ser analisado o caso concreto, pois por meio de *habeas corpus* não se discute matéria de fato – logo, em algumas situações, será necessária a interposição de agravo.[1085]

1084 ALIMENTOS – Prisão civil. Prazo. Prisão civil decretada pelo prazo de 60 (sessenta) dias, mais tarde prorrogado "até a comprovação do pagamento de todas as prestações vencidas no curso da execução". Ilegalidade da prorrogação do prazo, que, se mantida, poderia significar prisão perpétua. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. HC 18.355/RJ. Relator: Min. Ari Pargendler, julgado em 04/02/2002. *Diário de Justiça*, Brasília, 02 fev. 2002).

1085 HABEAS CORPUS – PRISÃO CIVIL DECRETADA – ALIMENTOS – POSSIBILIDADE DO DECRETO PRISIONAL – ANÁLISE DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER – ORDEM DENEGADA – Em sede de habeas corpus, deve-se analisar a existência de ilegalidade ou abuso de poder na prática do ato atacado, não se prestando a ação constitucional para a análise das condições econômicas do paciente. Inexistente qualquer dos vícios apontados, deve ser mantido o decreto prisional. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. HC 1.0000.05.425236-6/000. Relatora: Des. Maria Elza, julgado em 11/08/2005. *Diário de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 08 nov. 2005).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 691 DO STF, POR ANALOGIA. AFERIÇÃO DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. CONSTATAÇÃO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. PRECEDENTES. EXISTÊNCIA DE OUTRO FILHO E CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA NÃO ELIDE A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. AFIRMADA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE NA EXECUÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO PELA AUTORIDADE COATORA. IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXAME PELO STJ, SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. MAIORIDADE, POR SI SÓ, NÃO EXTINGUE AUTOMATICAMENTE A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 358 DO STJ. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Não é admissível a utilização de habeas corpus contra decisão de Relator do Tribunal de Justiça que nega seguimento a Agravo de Instrumento, sob pena de indevida supressão de instância porquanto ausente a apreciação do mérito da controvérsia pelo Órgão colegiado. Aplicação, por analogia, da Súmula nº 691 do STF. Precedentes. Possibilidade excepcional, entretanto, de se conceder a ordem de ofício. 2. A teor da jurisprudência desta eg. Corte Superior, a real capacidade financeira do paciente não pode ser verificada em habeas corpus que, por possuir cognição sumária, não comporta dilação probatória e não admite a análise aprofundada de provas e fatos controvertidos. 3. O STJ já consolidou o entendimento de que a constituição de nova família e a existência de outros filhos não são suficientes para justificar o inadimplemento da obrigação alimentar, devendo tais circunstâncias ser examinadas em ação revisional ou exoneratória, justamente em razão

Assim, se não houve abuso de poder ou ilegalidade na prisão, incabível é o

---

da estreita via do habeas corpus. 4. A ausência de debate pela autoridade coatora sobre a possibilidade de a execução operar de forma menos gravosa, impede o exame da matéria pelo STJ, sob pena de indevida "dupla" supressão de instância. Precedentes. 5. A maioridade civil, por si só, não é capaz de desconstituir a obrigação alimentar. Precedentes. 5.1. O simples fato de a exequente ser maior de idade e possuir, em tese, capacidade de promover o próprio sustento, não é suficiente para concessão da ordem considerando a inexistência de prova pré-constituída de que ela não necessita dos alimentos ou de que tem condições de prover a própria subsistência, sem a prestação alimentar. (Súmula nº 568 do STJ). 6. O decreto de prisão proveniente da execução de alimentos na qual se visa o recebimento integral de até três parcelas anteriores ao ajuizamento da ação e das que se vencerem no seu curso não é ilegal. Inteligência da Súmula nº 309 do STJ e precedentes. 7. A inexistência de ilegalidade flagrante ou de coação no direito de locomoção do paciente impede a concessão da ordem de ofício. 8. Habeas corpus denegado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 560.208/SP*, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. AFERIÇÃO DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ALEGAÇÕES DE QUE O PACIENTE NÃO PÔDE SE DEFENDER NA FIXAÇÃO DA VERBA ALIMENTÍCIA, DE QUE PEDIU A REVISÃO DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS E DE INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA PARIDADE DA ARMAS. TEMAS NÃO DEBATIDOS PELA CORTE APONTADA COMO AUTORIDADE COATORA. IMPOSSIBILIDADE DO EXAME DELAS PELO STJ, SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. IMPOSSIBILIDADE DE SUA ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO WRIT. PRECEDENTES. INEXISTE ILEGALIDADE FLAGRANTE NA DECISÃO QUE FIXA A PRISÃO CIVIL NO PRAZO MÁXIMO DE TRÊS MESES.PRECEDENTE. PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA QUE NÃO AFASTA A REGULARIDADE DO DECRETO PRISIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 309 DO STJ. INADIMPLEMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR CONSTATADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 309 DO STJ. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Não é admissível a utilização de habeas corpus como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Precedentes. 2. A ausência de debate pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais das alegações dos impetrantes de que o paciente não pôde se defender na ação que fixou os alimentos provisórios, de que pediu a ação revisional de alimentos provisórios e não obteve resposta e de que houve violação ao devido processo legal, além da inobservância da paridade das armas, impede o exame de tais temas pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. 3. A teor da jurisprudência desta eg. Corte Superior, a real capacidade financeira do paciente não pode ser verificada em habeas corpus que, por possuir cognição sumária, não comporta dilação probatória e não admite a análise aprofundada de provas e fatos controvertidos. Precedentes. 4. O STJ já proclamou que não há ilegalidade flagrante ou teratologia na decisão que fixa o prazo de prisão civil no máximo legal. 5. O decreto de prisão proveniente da execução de alimentos na qual se visa o recebimento integral de até três parcelas anteriores ao ajuizamento da ação e das que se vencerem no seu curso não é ilegal. Inteligência da Súmula nº 309 do STJ e precedentes. 6. A inexistência de ilegalidade flagrante ou de coação no direito de locomoção do paciente impede a concessão da ordem de ofício. 7. Habeas corpus denegado. (HC 545.361/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020)

PRISÃO CIVIL – ALIMENTOS – HABEAS CORPUS – COGNOSCIBILIDADE – GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO – OBSERVÂNCIA – ADMISSIBILIDADE – É possível o manejo de HC em processos que envolvam matéria de natureza cível desde que restem caracterizados os requisitos constantes no art. 5º, LXVIII, da CF. A teor da Súm. 60 do Grupo de Câmaras Criminais Reunidas deste Tribunal, "em se tratando de prisão civil por débito alimentar, o âmbito de cognoscibilidade do HC se restringe ao aspecto da legalidade, isto é, se foi obedecido o devido processo legal, se a decisão está devidamente fundamentada e foi prolatada por juízo competente". Não se mostra arbitrária a prisão do devedor de pensão alimentícia quando, proferido o decreto após o devido processo legal e assegurada a ampla defesa, queda-se inerte o executado, não comprovando o pagamento das três últimas parcelas vencidas. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. HC 264.379-9/00. Relator: Des. Tibagy Salles, julgado em 25/05/2002. *Diário de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 25 maio 2002).

*habeas corpus*, restando como único caminho o agravo com efeito suspensivo.

### 12.2.18.3. Protesto do devedor de alimentos

O instituto do protesto tem como principal função o registro do não-pagamento ou do não-aceite. Além disso, principalmente a partir da Lei nº 9.492/97, o instituto passou a desempenhar uma nova função, qual seja: constituir-se em instrumento de coerção.

Assim, a possibilidade de protesto do devedor de alimentos representa uma alternativa para forçar o cumprimento da obrigação alimentar. Evidente o caráter coercitivo, pois com o protesto, todo o sistema creditício será alimentado com a notícia da inadimplência; e isso gera constrangimento, um sentimento que, muitas vezes, induz à satisfação da obrigação.

De acordo com artigo 1º da Lei nº 9.492/97, "Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida." Assim, no cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. Caso o executado não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, preveem os parágrafos 1º e 3º do artigo 528 do Código de Processo Civil que o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, naquilo que for compatível, as disposições do artigo 517 do CPC/15, que versam sobre o protesto judicial. Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO DE DECISÃO QUE FIXOU ALIMENTOS PROVISÓRIOS. PEDIDOS DE INSCRIÇÃO DO NOME DOS AGRAVADOS NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES E DE CORREÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA VINCENDA PELOS ÍNDICES OFICIAIS. NÃO CONHECIMENTO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO. DESNECESSIDADE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO PELO RITO COERCITIVO. DESCABIMENTO. VERBA ALIMENTAR PROVISÓRIA. CERTIDÃO DE PROTESTO. POSSIBILIDADE. 1. Os pedidos de inscrição do nome dos agravados nos cadastros de inadimplentes até a quitação integral do débito e de que a pensão alimentícia vincenda de R$ 1.000,00 seja devidamente corrigida pelos índices oficiais por ocasião de cada um dos pagamentos não foram examinados na decisão vergastada e sequer foram requeridos na origem, não podendo ser analisados em grau recursal sob pena de supressão de instância. 2. Não há necessidade de fixação de prazo para o cumprimento da determinação de expedição de ofício à pessoa jurídica, porquanto segue a ordem cartorária de praxe. 3. Relativamente ao pleito de que a fase de cumprimento provisório siga pelo rito coercitivo, correta a decisão hostilizada, porque foi requerida pela ora insurgente penhora online, o que denota a sua opção pelo rito correspondente, não sendo possível cumular em um mesmo feito executivo o rito da coerção pessoal com o rito da penhora. 4. Prevendo o caput do artigo 528 do CPC expressamente que o "cumprimento de decisão interlocutória que fixe alimentos" e o seu § 1º que, "caso o executado, no prazo referido no caput ,

> não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517", cabível a expedição da certidão de protesto. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO.[1086]

## 12.2.18.4. Medidas coercitivas atípicas

Considerando a natureza jurídica dos alimentos, admite-se, também, a adoção dos chamados meios atípicos de execução (*v.g.* suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, apreensão do passaporte, bloqueio de cartões de crédito) para a efetivação do recebimento do crédito alimentar, em consonância com o disposto no art. 139 do CPC/15: "o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária"[1087]. Nesse sentido:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - EXECUÇÃO - MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA - ART. 139, IV, do CPC - SUSPENSÃO CNH - MEDIDA INADEQUADA - SUSPENSÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ - DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. 1. A norma adjetiva civil dispõe em seu art. 139, IV, que ao juiz compete dirigir o processo, incumbindo-lhe determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. 2. A utilização do meio executivo atípico reveste caráter subsidiário, reclamando a análise dos requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade para a sua aplicação, sendo imprescindível a demonstração de indícios de ocultamento de bens a fim de justificar a sua utilização. 3. A suspensão da CNH, diante do caso concreto, não é capaz de possibilitar a satisfação do crédito alimentar, desaguando unicamente em caráter punitivo, distanciando-se do objetivo precípuo da execução de alimentos. 4. o bloqueio do cartão de crédito é medida executiva atípica que visa restringir o crédito do executado, que oculta patrimônio para furtar-se ao pagamento da pensão alimentícia. 5. Demonstrada a adequação da medida executiva atípica pleiteada, deve ela ser concedida a fim de compelir o alimentante inadimplente a cumprir o seu dever jurídico.[1088]

---

1086 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento, Nº 70082524802*, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 17-10-2019.

1087 Em 09/02/23, no julgamento da ADI 5941, o STF declarou constitucional o art. 139, IV do CPC/15 que autoriza o juiz a determinar medidas coercitivas necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial.

1088 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.200336-2/001, Relator(a): Des.(a) Francisco Ricardo Sales Costa (JD Convocado) , 4ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 09/06/2022, publicação da súmula em 10/06/2022.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - MEDIDAS COERCITIVAS - SUSPENSÃO DA CNH E BLOQUEIO DOS CARTÕES DE CRÉDITO - MEDIDAS ATÍPICAS SUB-ROGATÓRIAS E COERCITIVAS - POSSIBILIDADE - DECISÃO REFORMADA. 1. O artigo 139, IV do CPC/15 consagrou a atipicidade dos atos executivos, permitindo ao magistrado a aplicação de medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas, visando assegurar o cumprimento da ordem judicial, contudo, a adoção de técnica de execução indireta deve ser adotada com prudência, notadamente quando incutir em restrição à direito fundamental da parte. 2. O Superior Tribunal de Justiça, a quem compete assegurar a uniformidade na interpretação das normas infraconstitucionais, em julgado recente e feitas as necessárias modificações daquele julgado (Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente) com o caso em análise (Execução de Alimentos), entendeu pela possibilidade de restringir o uso de passaporte como medida coercitiva atípica para cumprimento da decisão judicial (HC 478.963/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019). 3. A suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e o bloqueio dos cartões de crédito do executado se mostram, no caso específico dos autos, como meios hábeis à efetivação do processo, tratando-se de medidas excepcionais, mas absolutamente necessárias para a pretensão executória, face a resistência do executado em cumprir com sua obrigação alimentícia e o fato das medidas executivas típicas não terem obtido sucesso, devendo ser relativizada a exigência de esgotamento das medidas típicas, sobretudo quando verificado que o executado é devedor contumaz de alimentos, datando o feito executivo do ano de 2014, já tendo ocorrido, inclusive, a prisão civil do executado, somando o débito alimentício atualmente o importe de R$27.000,00. 4. Recurso provido.[1089]

Discorda-se, no entanto, do posicionamento que defende a utilização dos meios executivos atípicos apenas em caráter subsidiário. Conforme já exposto, a natureza da obrigação alimentar autoriza que a escolha do meio executivo fique a critério exclusivo do credor. Se até mesmo a medida mais severa (prisão civil do devedor em regime fechado) pode ser utilizada em primeiro lugar, com mais razão as medidas atípicas que indubitavelmente são menos onerosas.

## 12.3. Alimentos estabelecidos em razão de uma declaração de vontade

A obrigação alimentar estabelecida em razão de uma declaração de vontade pode se dar *inter vivos* (regida pelo direito das obrigações) ou *causa mortis* (regida pelo direito das sucessões). Como exemplo de alimentos *inter vivos*, pode ser citado o dispositivo do Código Civil (art. 557) que trata da possibilidade de o doador determinar ao donatário a obrigação de lhe prestar alimentos, se ele vier a necessitar, sob pena de revogação da doação. Já os alimentos *causa mortis* são estabelecidos por meio de testamento (art. 1.920 do CC/02). Tais alimentos não necessariamente fundam-se na solidariedade familiar, pois podem ser estipulados para quem não faz parte da família do autor da liberalidade.

1089 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.228379-0/001, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto , 8ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 11/04/2022, publicação da súmula em 05/05/2022.

Os alimentos oriundos do contrato ou do testamento, por sua vez, podem ser fundidos quando se identifica que têm como causa comum um negócio jurídico. A diferença é apenas que no primeiro caso o negócio jurídico se dá *inter vivos* e, no segundo, *causa mortis*.

Assim, é plenamente possível instituir, em sede contratual, o dever alimentar de uma pessoa em favor de outra, sejam elas quem forem, parentes ou não. Não há vedação legal. Sob o mesmo raciocínio, também nada obsta se institua legado cujo objeto seja a prestação de alimentos a outrem. Até mesmo porque, nesse caso, existe expressão permissiva legal, qual seja o artigo 1.920 do Código Civil.

Segundo Luiz Edson Fachin: "a obrigação alimentar, através de um pacto ou convenção, é lícita à luz da obediência das regras gerais do negócio jurídico."[1090] Dessa forma, desde já convém afirmar que não há pretender fazer incidir nessas espécies de alimentos as características atinentes àqueles de direito familiar. A razão para isto é simples. Conforme se demonstrou há pouco, o parentesco, que é a causa jurídica alimentar naquele caso, traz implícito o dever de solidariedade familiar. Dever do qual não se pode furtar o alimentante. Ao revés, note-se que, no caso dos alimentos derivados do contrato ou do legado, não preexiste esse dever de solidariedade familiar. Os envolvidos podem nem sequer parentes serem.

Na presente espécie, os alimentos se determinam por um negócio jurídico. E um negócio jurídico puro, desprovido de qualquer causa prévia (como a solidariedade familiar). O devedor de alimentos, na verdade, não tinha anteriormente qualquer dever alimentar para com o credor. Este não lhe era imposto. Ao contrário, por si resolveu contraí-lo.

Não há que se falar em reciprocidade. Não vinga o raciocínio de que o fato de alguém *voluntariamente* prestar alimentos a outro faz com que este outro se obrigue a prestar alimentos àquele. A voluntariedade não é capaz de gerar tal obrigação.

Não há que se falar no binômio necessidade-possibilidade. O valor da pensão pode não suprir totalmente a necessidade do alimentado, ainda que as condições financeiras do alimentante possibilitassem fosse maior. Pode não haver mesmo necessidade. É plenamente possível que se estipulem alimentos voluntários à pessoa capaz de se autossustentar. Por via de consequência, também não cabe falar em variabilidade do valor da pensão (a não ser que voluntária, ou seja, acordo entre as partes).

Quanto à intransmissibilidade e à impenhorabilidade, ainda que possam ser afastadas, porque não haveria aqui a pessoalidade do vínculo familiar, podem existir *se assim ficar estipulado*. Do contrário, nada obsta sejam os alimentos transferidos a outrem ou dados como garantia do pagamento de dívida.

Não há que se falar, por fim, em irrenunciabilidade ou imprescritibilidade. Isto porque, se a justificativa destas características é a persistência do dever de solidariedade familiar, inexistindo sequer esse dever, não cabe tentar mantê-lo. O credor pode perfeitamente renunciar e não aceitar a pensão. Nesse caso, não terá direito a pleiteá-la posteriormente.

---

1090 FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 297.

## 12.4. Alimentos decorrentes de ato ilícito

O ato ilícito pode gerar uma obrigação alimentar. O caráter desses alimentos é indenizatório, pois busca a reparação de um dano. Assim, de acordo com o artigo 948, II do Código Civil, o homicida deverá prestar alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.[1091]

Os alimentos oriundos do ato ilícito são devidos pelo que agiu em desacordo ao permitido, ao lícito, àquele que sofreu o dano proveniente dessa conduta. Têm sede no artigo 186 do Código Civil, sendo bons exemplos o homicídio ou mesmo a lesão corporal de natureza gravíssima (que impossibilita a vítima trabalhar), dentre outros ilícitos.

Razão para tanto é que morto ou lesionado, não pode mais o ofendido contribuir para o sustento de seus dependentes e/ou não pode mais manter-se por si só. Por isso, nada mais coerente determinar ao autor do fato, gerador de tal inaptidão, que provenha as necessidades vitais do ofendido e/ou de seus familiares (quando a vítima era a fonte de sustento familiar, única ou preponderante). Isso constitui a verdadeira reparação dos danos causados.[1092]

---

1091 RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO DOLOSO. PENSÃO MENSAL. TERMO FINAL. SENTENÇA ULTRA PETITA. DANOS MORAIS. QUANTUM REDUZIDO. Tendo em vista a condenação dos autores do fato perante a esfera criminal, os danos decorrentes do ato ilícito praticado devem ser ressarcidos, independentemente das condições financeiras dos réus. Inteligência dos artigos 91, I do Código Penal combinado com o artigo 63 do Código de Processo Penal e artigo 935 do Código Civil. PENSIONAMENTO MENSAL. É devida prestação de alimentos aos que, comprovadamente, demonstrarem que dependiam economicamente do falecido. Artigo 948 do Código Civil. Pensão mensal mantida em 2/3 do salário mínimo nacional. Termo final do pensionamento fixado na data em que a vítima Antônio César Menuzzo completaria 70 anos de idade, conforme postulado na inicial da demanda. DANO MORAL. O valor fixado para fins de indenização deve observar o princípio da razoabilidade, de forma que a soma não seja tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva, além de levar em conta a violência e gravidade da conduta. Indenização reduzida para R$ 70.000,00 (setenta mil reais) para cada autor. APELAÇÃO CÍVEL PARCIALMENTE PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível, Nº 70075887505*, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em: 14-12-2017)

1092 APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. NÃO É NULA A SENTENÇA CUJA FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA RESOLVE TODAS AS QUESTÕES SOB CONTROVÉRSIA. ATO INFRACIONAL. HOMICÍDIO DOLOSO. FAMILIAR DOS AUTORES ALVEJADO POR VÁRIOS DISPAROS DE ARMA DE FOGO PELO FILHO ADOLESCENTE DOS RÉUS. DANO-MORTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS PELOS FILHOS MENORES. ART. 932, INC. I, C/C 933, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. INTENSA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO MENOR INFRATOR, A QUEM FOI APLICADA A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO, SEM POSSIBILIDADE DE ATIVIDADES EXTERNAS, COM FULCRO NO ART. 121 DA LEI 8.069/90 (ECA). MEDIDA PROPORCIONAL À GRAVIDADE DO FATO, COMO RECONHECEU ACÓRDÃO UNÂNIME DESTE TJRS. Os genitores respondem de forma objetiva, na seara cível, pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores. Responsabilidade que deriva da conjugação da menoridade do filho e da circunstância fática desse se achar sob o pátrio poder dos pais, a quem incumbe zelar pela boa educação da prole. Situação concreta em que verificados o ato ilícito praticado pelo filho menor dos réus (ato infracional de homicídio), o dano (morte do familiar dos autores), presentes estão os elementos que tornam certo o dever de indenizar. Culpa concorrente da vítima não demonstrada. Conjunto

Diferentemente dos alimentos voluntários (derivados do contrato ou do testamento), essa espécie advém de um dever legal. Porém, não é fator suficiente para equiparar tais alimentos aos legais, posto que o dito dever é de indenização do ato ilícito, em nada coincidente com o dever de solidariedade familiar. O dever de indenização só existe quando, e somente quando, há ato ilícito gerador de dano a terceiro. É no momento da prática ilícita que ele surge. Pode, assim, nem sequer vir a existir. Ao contrário, o dever de solidariedade familiar existe sempre, na medida da existência do parentesco. É como se surgisse com a própria pessoa.

O mais importante a ser notado nessa espécie alimentar indenizatória é o seu escopo. Os alimentos legítimos (familiares), já se afirmou, intentam, verdadeiramente, suprir a necessidade do alimentário (cônjuge, companheiro ou parente), de acordo com a possibilidade do alimentante. Os alimentos indenizatórios, por sua vez, ainda que pretendam também suprir a necessidade do ofendido e/ou de seus familiares (provocada pelo ato ilícito), têm a função de sancionar o ofensor. Neste sentido, de antemão se despreza o binômio necessidade-possibilidade, já que a pensão indenizatória pode não se preocupar, como a familiar, com a possibilidade do devedor. Afinal, se o valor fixado em nada comprometer os seus ganhos, fatalmente o devedor não cumprirá aquela função sancionatória. Por via de consequência, não cabe aqui a variabilidade, embutida no binômio necessidade/possibilidade.

As características de intransmissibilidade e de impenhorabilidade se afastam também dessa espécie porque, ainda que se pudesse imaginar a pessoalidade justificadora (por identificação do prejudicado e do ofensor), a função condenatória obstaria a validade de tais impedimentos.

Quanto à irrenunciabilidade e à imprescritibilidade, enfim, pensa-se também não vingar aqui. Nos alimentos legais (familiares), veda-se a renúncia (entre os parentes) ou afasta-se a prescrição porque, sendo permanente o dever de solidariedade familiar, a necessidade advinda a qualquer tempo justifica a pensão.

---

probatório sinalizando diversamente. DANOS EMERGENTES. DESPESAS COM FUNERAL. RESSARCIMENTO DEVIDO. Havendo prova documental escorreita evidenciando que os autores realizaram várias despesas com o funeral do familiar, o ressarcimento se impõe. DANO MORAL. COMPENSAÇÃO DEFERIDA EM PROL DOS GENITORES E FILHA DA VÍTIMA FATAL. PREJUÍZO DE AFEIÇÃO. CADA VÍTIMA POR RICOCHETE TEM DIREITO A UMA PARCELA INDIVIDUAL PELOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS SOFRIDOS. A morte violenta de parente próximo, em decorrência de ato infracional de homicídio, acarreta presumível abalo moral. Dano extrapatrimonial que deriva do próprio fato. ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. MONTANTE MANTIDO. Montante da indenização arbitrado na sentença em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. PENSIONAMENTO À FILHA DA VÍTIMA. A pensão mensal de um salário mínimo estipulada na sentença é devida à filha da vítima fatal, em relação a quem o falecido tinha obrigação de prestar alimentos. "O benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto ambos têm origens distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum." (trecho da ementa do Acórdão do Recurso Especial Nº 922.951/RS). ART. 475-Q DO CPC. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. ADMISSIBILIDADE. JUROS DE MORA. SÚMULA 54 DO STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 326 DO STJ. APELO DA PARTE RÉ DESPROVIDO. RECURSO DOS AUTORES PROVIDO EM PARTE. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível, Nº 70060720992*, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 27-07-2016)

Isso, porém, não ocorre nos alimentos indenizatórios. O dever de indenização só existe no momento do ato ilícito e da necessidade por ele gerada. Necessidade posterior sem nexo causal com a prática ilícita não enseja alimentos reparatórios. Quando o ofendido renuncia ou não requer o direito alimentar, é de se presumir não carecer do mesmo. Tais alimentos se justificam pela imediata necessidade gerada.

## 12.5. Jurisprudência sumulada

***Súmulas do STF***

**STF - Súmula Vinculante 25:** É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Data de aprovação: Sessão Plenária de 16/12/2009.

**STF - Súmula 379**: No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais. Data de aprovação: 03/04/1964.

**STF - Súmula 226**: Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede. Data de aprovação: 13/12/1963.

***Súmulas do STJ***

**STJ - Súmula 621:** Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade. Data da Decisão: 12/12/2018.

**STJ - Súmula 596:** A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais. Data da decisão: 08/11/2017.

**STJ - Súmula 594:** O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca. Data da decisão: 25/10/2017.

**STJ - Súmula 419**: Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel. Data da Decisão: 03/03/2010.

**STJ - Súmula 358**: O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos. Data da Decisão: 13/08/2008.

**STJ – Súmula 336**: A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente. Data da Decisão: 25/04/2007.

**STJ - Súmula 309**: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Data da Decisão: 22/03/2006. (*)

(*) julgando o HC 53.068-MS, na sessão de 22/03/2006, a Segunda Seção deliberou pela ALTERAÇÃO da Súmula nº 309. REDAÇÃO ANTERIOR (decisão de 27/04/2005, DJ 04/05/2005): O débito alimentar que autoriza a prisão civil do

alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo.

**STJ - Súmula 277**: Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação. Data da Decisão: 14/05/2003.

**STJ - Súmula 99**: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte. Data da Decisão: 14/04/1994.

**STJ - Súmula 1**: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos. Data da Decisão: 25/04/1990.

## 12.6 Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 675 aprovado na IX Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.694: As despesas com doula e consultora de amamentação podem ser objeto de alimentos gravídicos, observado o trinômio da necessidade, possibilidade e proporcionalidade para a sua fixação.

**Enunciado 607 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.583 c/c 1.694 c/c 1.701 do Código Civil. A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

**Enunciado 599 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 733 do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.689/1973), art. 528 do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015), art. 19 da Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/1968). Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do(s) devedor(es), podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida.

**Enunciado 573 aprovado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.694, § 1º, do Código Civil, do Código Civil**.** Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza.

**Enunciado 572 aprovado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.695 e 1.701, parágrafo único, do Código Civil**.** Mediante ordem judicial, é admissível, para a satisfação do crédito alimentar atual, o levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS.

**Enunciado 523 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.698. O

chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado.

**Enunciado 522 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.694, 1.696, primeira parte, e 1.706. Cabe prisão civil do devedor nos casos de não prestação de alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei n. 11.804/2008, inclusive deferidos em qualquer caso de tutela de urgência.

**Enunciado 412 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 187. As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.

**Enunciado 345 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** O "procedimento indigno" do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor.

**Enunciado 344 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade.

**Enunciado 343 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.792. A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança.

**Enunciado 342 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro dos seus genitores.

**Enunciado 341 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.696. Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.

**Enunciado 265 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.708: Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu.

**Enunciado 264 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.708: Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do Código Civil.

**Enunciado 263 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.707: O art. 1.707 do Código Civil não impede que seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da "união estável". A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família.

**Enunciado 112 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.630: em acordos celebrados antes do advento do novo Código, ainda que expressamente convencionado que os alimentos cessarão com a maioridade, o juiz deve ouvir os interessados, apreciar as circunstâncias do caso concreto e obedecer ao princípio rebus sic stantibus.

# 13 *Poder Familiar e Guarda*

## 13.1 Definição e noções gerais

Entende-se por poder familiar a autoridade jurídica dos pais sobre os filhos menores no propósito de preservação e promoção dos interesses destes. Esta é a compreensão relativamente recente do instituto.

Enquanto a família se dispunha hierarquicamente organizada e se voltava à satisfação de objetivos institucionais, de cunho patrimonial, seus membros foram resumidos a meros agentes incumbidos de desempenhar papéis. Nesta conjuntura, a *patria potestas*[1093] era uma prerrogativa exclusivamente paterna e servia a beneficiar seu titular.

A partir do momento em que foi firmado ser a família instrumental à pessoa, e não o contrário, inevitável que o pátrio poder cedesse. Graves foram os entraves funcionais que ele demonstrou diante dessa nova qualificação familiar. Foi posta, assim, a necessidade de remodelação jurídica do elo parental.[1094]

Essa revisão perpassa, naturalmente, pela ideia de que a família é um ambiente no qual as pessoas afetivamente relacionadas se auxiliam mutuamente no desenvolvimento da personalidade de cada um. As prerrogativas a serem concedidas aos envolvidos na relação filial devem, portanto, representar estímulo e garantia a essa dinâmica. Isso ganha especial destaque ao se lembrar que as crianças e os adolescentes se encontram numa fase especial de autoformação. A imaturidade lhes é inerente e, com ela, a precisão de acompanhamento e orientação parece primordial. Tudo para que se alcance discernimento capaz de lhes permitir o precioso exercício da autonomia.

O Código Civil atual cunhou a expressão *poder familiar* em substituição ao *pátrio poder* do antigo diploma, de modo a indicar, já no título, a mudança de conteúdo do instituto. Todavia, vários são os doutrinadores[1095] que criticam a substituição por considerá-la, ainda assim, insuficiente à demonstração fidedigna da real substância dessa esfera de ação concedida aos pais. Explica-se.

A troca do termo 'pátrio' – relativo ao pai – por 'familiar', embora sirva a demonstrar a ampliação da titularidade, não é precisa. Se, por decorrência da

1093 Para mais esclarecimentos sobre esse assunto, vale conferir: JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano:* parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. v.1.

1094 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 252.

1095 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book.*; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2020, p. 302; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 6. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*

igualdade constitucional entre homens e mulheres,[1096] não mais no pai se concentra o poder e sim no*s* pai*s*, talvez melhor fosse o vocábulo 'parental', dada a amplitude que a ideia de familiar sugere, não condizente com os resumidos titulares.

A permanência da palavra 'poder', por sua vez, com mais razão, não recebe aplausos. O que os pais poderão realizar em relação ao filho está afastado de qualquer imposição arbitrária fundada em considerações próprias, alheias ao que interessa ao menor, que estaria em estado de sujeição. E, no entanto, é isso que parece sugerir a concepção de poder. As prerrogativas jurídico-parentais são postas como *munus*, como grupo de deveres assumidos em função – logo, em favor – do filho. A superioridade que se concede aos pais é, pois, simplesmente análoga a que se exerce, por exemplo, em qualquer organização pública ou privada,[1097] ou seja, justifica-se apenas pelo cumprimento dos ônus que se lhes impõem para preservação de interesses alheios. Por isso, defende-se que melhor seria a adoção do termo 'autoridade'.

> [...] julgamos mais adequada a nomenclatura *autoridade parental*, por melhor refletir o conteúdo democrático da relação, além de traduzir preponderantemente uma carga de deveres do que de poderes, para que o filho, pessoa em desenvolvimento, tenha a estruturação biopsíquica adequada. O vocábulo autoridade é mais condizente com a concepção atual das relações parentais, por melhor traduzir a idéia de função, e ignorar a noção de poder. Já o termo parental traduz melhor a relação de parentesco por excelência presente na relação entre pais e filhos, de onde advém a legitimidade apta a embasar a autoridade.[1098]

Esse enfrentamento terminológico serve à promoção de um correto entendimento da matéria. Ler autoridade parental onde o legislador escreve poder familiar traz a vantagem de favorecer a lembrança de que os deveres imputados aos pais objetivam a promoção efetiva de uma autônoma constituição pessoal dos filhos, sendo este, inclusive, o preciso limite do exercício deste *munus* jurídico.[1099]

O encargo dos pais é reger a formação dos menores, não se esquecendo, porém, de que a decisão sobre temas para os quais já tenham adequado discernimento há de ser deixada a estes últimos. Imprescindível que os pais resistam à tentativa de fazer, pelos filhos, o julgamento das opções de vida e, ainda, a eleição de qualquer delas.

---

1096 Considerada a dissociação entre estado civil dos pais e filiação, é preciso receber com ressalvas a explicação dada por Caio Mário da Silva Pereira, quando justifica a extensão de titularidade do antigamente denominado *pátrio poder*: "Por outro lado, abandonou-se a sua atribuição ao marido. Ao revés, é confiado aos pais, como expressão da igualdade dos cônjuges." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, p. 420).

1097 LÔBO, Paulo. *Direito civil: volume 5: Famílias.* 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*

1098 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 252. (grifo nosso)

1099 Também assim qualificando o poder familiar, encontram-se: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 303; MOREIRA, Luciana Maria Reis. *Alienação Parental*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

Isso jamais corresponderia ao fomento da liberdade e da responsabilidade; ao revés, equivaleria a sua aniquilação.[1100] Em última instância: os menores tornaram-se os sujeitos em questão, ocupando lugar de destaque nessa relação parental enquanto sujeitos promotores do seu próprio processo de constituição pessoal. O berço lhes confere a existência, mas a vida há de ser obra deles mesmos[1101]. Os pais hão de respeitar esse espaço.

## 13.2. Conteúdo e exercício do poder familiar

### 13.2.1. Em relação à pessoa dos filhos

O *munus* que o poder familiar representa tem conteúdo condizente a seu fundamento. Nessa feita, as incumbências às quais os pais estão obrigados legalmente relacionam-se à proteção e ao acompanhamento dos menores, ora suprindo-lhes as necessidades, ora lhes oferecendo suporte para maturação de seu discernimento na realização de certos atos.

O artigo 1.634 do Código Civil, cuja redação foi alterada pela Lei nº 13.058/2014[1102], prevê quais deveres estão insertos no poder familiar, independentemente da situação conjugal dos pais:

---

1100 Mais uma vez, nas adequadas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira: "a criança e o adolescente não são, *a priori*, detentores de autonomia. Essa é a razão maior da autoridade parental: conduzir a criança e o adolescente por caminhos que eles ainda desconhecem. Por estarem construindo sua maturidade e discernimento, não podem usufruir completamente de seu direito fundamental à liberdade, pois ainda não têm condições de exercê-la. Para seu bem-estar, vivem uma fase de *liberdade vigiada,* cujo raio de amplitude de seu exercício aumenta à medida que cresce seu discernimento." (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 252). (grifo nosso). No mesmo sentido: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias.* São Paulo: Saraiva, 2008, p. 275.

1101 Nesse sentido, vem ganhando destaque a expressão "autonomia progressiva de crianças e adolescentes", a qual realça a necessidade de reconhecer e efetivar a condição de sujeitos de direito das crianças e dos adolescentes. Sobre o tema, Adriana Goulart de Sena Orsini, Cibele Aimée de Souza e Lucas Jeronimo Ribeiro da Silva ponderam que "a autonomia progressiva está melhor associada à evolução das faculdades da criança e maior competência para a realização de certas atividades, menor necessidade de direção e orientação por parte dos adultos e um incremento da capacidade de assumir resultados." (ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SOUZA, Cibele Aimée de; SILVA, Lucas Jeronimo Ribeiro da. As nuances da autonomia progressiva de crianças e adolescentes em contextos jurídicos e institucionais: breves discussões. *In*: VIEIRA, Marcelo de Mello; BARCELOS, Paulo Tadeu Righetti. (Org.) *Direito da criança e do adolescente*: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 92.)

1102 BRASIL. *Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014*. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação. Brasília, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm#art2. Acesso em: 03 maio 2020.

**a) exercer a guarda unilateral ou compartilhada[1103] e dirigir-lhes a criação e a educação;**

A convivência familiar é um dos principais direitos fundamentais concedidos às pessoas e, especialmente, às crianças e aos adolescentes. No caso desse grupo vem, ainda, particularmente prescrito na Constituição Federal, em seu artigo 227. A razão de tamanha importância é derivada da pressuposição de que nesse ambiente – em função de sua caracterização – concentram-se os maiores e melhores estímulos ao crescimento das crianças e dos adolescentes que se encontram numa fase especial de desenvolvimento. Certamente, a percepção e apreensão de referenciais hábeis a promover a individualidade dos menores ficam favorecidas num sadio ambiente afetivo.

Em função disso, o poder familiar gera aos pais a obrigação de pessoalmente criarem seus filhos, mantendo-os consigo na sede da família.[1104] Quando existe entre os pais uma relação familiar conjugal ou de companheirismo, ou seja, quando eles formam família entre si, a criação dos filhos pode ser beneficiada porque a convivência será comum a todos. A guarda e a companhia dos filhos serão compartilhadas num mesmo local e diariamente.

No entanto, pode ser que não haja esse vínculo familiar entre o pai e a mãe. Como o poder familiar é efeito do elo de filiação que liga o filho direta e individualmente a cada um dos pais, aquela conjuntura em nada compromete a autoridade destes últimos. Isso vale tanto para o caso de nunca ter havido relação conjugal ou de companheirismo entre eles quanto para o caso de ela já ter sido findada. A disciplina jurídica de ambas as situações será a mesma.

Convém mencionar que, embora a guarda unilateral ou compartilhada já estivesse prevista nos artigos 1583 e seguintes do Código Civil, foi após a Lei nº 13.058/2014 que o seu exercício se tornou expressamente abrangido pelas competências do poder familiar, tendo sido alterada, desta forma, a redação do inciso II do artigo 1634 do Código Civil.

Nessas circunstâncias, a guarda e a companhia do filho deverão ser coordenadas.[1105] Isso equivale a um acréscimo na criação do menor. Ao invés de um único, mais de um ambiente familiar lhe será ofertado e, em cada um deles, vários indicadores comportamentais. Esses referenciais multiplicados podem ser equivalentes ou dissonantes e, desta forma, talvez se reforcem ou se fragilizem mutuamente. Considerando tais possibilidades, é preciso, mais cautelosamente, preparar o filho para bem conviver com isso, não devendo os pais apresentar a

---

1103 A guarda compartilhada será objeto de análise mais aprofundada no tópico 13.4 ao qual remetemos o leitor.

1104 Essa mesma importância da convivência familiar a ser ofertada aos menores justificou a modificação do Código Civil, trazida pela Lei 12.398/11. O artigo 1.598 do CC/02 passa a prever o direito de visita dos avós em relação a seus netos infanto-juvenis. Assim ficou a referida redação legal: “Art. 1.598. (...) Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”.

1105 Código Civil. Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

variação como rivalidade. Afinal, eles hão de contribuir com e não concorrer – no sentido de disputar – na criação do menor.

A propósito, já vale destacar que os dissensos eventualmente surgidos entre os pais no exercício do poder familiar, não sendo solucionados por eles próprios, têm na instância judicial a sede apropriada para tanto, como prescreve o parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil.

Ainda sobre esse intento de instruir o menor na constituição de sua individualidade, há o dever dos pais de dirigir sua educação. Em função de sua importância, o direito à educação das crianças e dos adolescentes é reiterado por várias vezes no ordenamento jurídico brasileiro.[1106] Indubitavelmente, o ensino é elementar porque faz conhecer o, até então, desconhecido, refletindo diretamente na autoconsciência e, dessa forma, no autorreconhecimento, na formação da identidade.

A educação pode ser dividida entre formal, não-formal e informal. De maneira bem simplificada, a primeira corresponde à educação institucionalizada em escolas, gradual e organizada segundo uma diretriz pedagógica, com objetivos específicos, sujeita a fiscalização governamental. A segunda, ainda que desprovida de burocratização, é também sistematizada, mas não se dá, necessariamente, por progressões hierárquicas e ocorre fora dos centros escolares institucionais, mas também em espaços físicos delimitados. São atividades, em geral, lúdicas, realizadas em espaços coletivos com o propósito de interação, cujos ensinamentos emergem alheios a qualquer escalonamento, isto é, de maneira mais democrática. A educação informal, enfim, corresponde à havida no trato cotidiano da coexistência, ocorrendo despropositadamente pelas relações pessoais do sujeito, dentre as quais se incluem tanto as experiências vivenciadas em sede familiar quanto fora dela.[1107]

Proporcional a essa amplitude do processo de educar, deve ser entendido o direito das crianças e dos adolescentes.[1108] Especialmente pelo fato de se encontrarem numa decisiva fase de constituição de personalidade, a extensão do aprendizado às mais variadas instâncias deve ser ainda mais prestigiada. Com isso, a responsabilidade dos pais, no exercício do poder familiar, há de ser entendida com tal alcance, ainda que seja a educação formal – em função da própria significação, aliás – a que recebe disciplina jurídica mais específica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é bastante incisivo, em seu artigo 55, por exemplo, ao determinar obrigatória a matrícula dos filhos menores em instituição regular de ensino, a ser promovida pelos seus pais. Tamanha é a

---

1106 Artigos 208 e 227 da Constituição Federal; Artigos 19, 22, 53 e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigos 1.566, IV, 1.568, 1.583, §5º e 1.589 do Código Civil.

1107 GOHN, Maria da Glória Marcondes. Educação não-formal na pedagogia social. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE PEDAGOGIA SOCIAL, 1., 2006, São Paulo. *Proceedings of the...* São Paulo: Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: http://www.proceedings. scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000092006000100034&lng=en&nrm=abn. Acesso em: 20 fev. 2009.

1108 Como resultado dessa preocupação, é relevante o seguinte trabalho: ALMEIDA, Mariana Barbosa de. *Os emílios.* Núcleos de educação não-formal para Itabira-MG. 2007. 89f. Monografia (Graduação em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 2007.

imprescindibilidade dessa incumbência parental que seu descumprimento pode caracterizar, inclusive, crime de abandono intelectual.[1109]

Aliás, como forma de facilitar o exercício desse dever e, também, ampliar a participação dos pais (ou responsáveis) na vida escolar dos filhos, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), em seu art. 12, VII, que teve a redação alterada pela Lei nº 12.013/09, determina que os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de educação, terão a incumbência de informar pai e mãe, conviventes ou não com seus filhos, e, se for o caso, os responsáveis legais, sobre a frequência e o rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola.

Acerca desse aspecto, vale lembrar interessante discussão que vem tomando cada vez mais espaço nos pretórios, desafiando o raciocínio jurídico. Instalou-se a controvérsia sobre a natureza dessa cessão da educação dos filhos menores às escolas: trata-se de um dever ou de uma faculdade dos pais?

Melhor explicando, a incerteza deriva da conjugação das seguintes premissas: a) a educação dos filhos sob poder familiar é dever de titularidade dos pais; logo, seu exercício, naturalmente, é reconhecido a estes últimos; b) a inscrição das crianças e dos adolescentes em instituição escolar é uma cessão parcial do exercício do dever de educar os menores; ou seja, ao invés de os pais exercerem-no, outrem o fará por eles. Questão: já que a educação pelas escolas é fruto da transferência de exercício do dever educacional dos pais, podem eles se negarem a fazê-la, optando por educar pessoalmente seus filhos?

Dois casos representativos dessa situação são de conhecimento público: o de Anápolis, no Estado de Goiás, e o de Timóteo, no Estado de Minas Gerais. Quanto a este último caso, em primeira instância, os pais foram condenados[1110] pelo crime de abandono intelectual. Ressalvadas certas distinções importantes entre ambos,[1111] o que é comum a eles é o fato de que os pais se negaram a submeter seus filhos ao ensino formal regular, fazendo-o por si no espaço restrito do lar. Quanto ao caso de Anápolis, o teor da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça oferece alguns argumentos jurídicos centrais para formulação de uma resposta ao problema posto.

Como indica a própria estruturação da controvérsia, na decisão do STJ, os votos se focam na apreciação da plausibilidade de se entender, diante de uma leitura

---

1109 Código Penal
"Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:
Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa."

1110 Em sua tese de doutoramento em Educação, Luciane Muniz Ribeiro Barbosa analisa o caso da família Nunes, de Timóteo, Minas Gerais, e de outras famílias brasileiras que tiveram experiências com o ensino em casa. Para uma análise completa, recomenda-se: BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola*? Orientação: Romualdo Luiz Portela de Oliveira. São Paulo: USP, 2013. 350p. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-07082013-134418/pt-br.php. Acesso em 26 maio 2020.

1111 No primeiro caso, os menores estavam inscritos em instituição regular de ensino, mas não frequentavam as aulas, apenas comparecendo para submissão a exames de avaliação. No segundo caso, os adolescentes não estavam sequer matriculados em qualquer escola.

sistemática do ordenamento, obrigatório que os pais matriculem os filhos menores em instituição de ensino regular.

Os Ministros Franciulli Netto e Paulo Medina foram coincidentes ao defender que o Estado – e as instituições escolares por ele legitimadas – apenas deve promover a educação supletivamente aos pais. Assim, "[...] como a responsabilidade primeva da educação dos filhos compete à família e como a família antecedeu o Estado, daí exsurge que ela possui não uma mera faculdade, mas sim um verdadeiro direito."[1112] Dito de outra forma, por essas palavras se entendeu que, originariamente, aos pais é concedido o direito de educar, pessoalmente, os filhos menores; *somente quando não o fizerem é que às escolas isso poderá ser repassado*. "Neste contexto, o Estado deve respeitar os indivíduos e as sociedades intermediárias no exercício de seus direitos, no cumprimento de seus deveres e obrigações, sem suplantá-los ou fazer as suas vezes, a menos que isso se faça necessário por circunstâncias excepcionais."[1113]

Seguindo esse raciocínio, em princípio, é dos pais o direito de diretamente educarem seus filhos, e o processo de educação somente deverá ser repassado às escolas, em duas situações: omissão dos titulares do poder familiar em promover o processo educacional; ou insuficiência do que podem oferecer, em função de especiais circunstâncias.

É exatamente por essa última condição destacada que não se comunga da conclusão a que chegaram esses Ministros, cujos votos foram vencidos, no julgamento da questão. Discorda-se da defesa de que a educação formal dos filhos menores seja prerrogativa que possam os pais exercer por si. A educação formal, como se tentou explicar, requer condições especiais que os pais e a estrutura domiciliar da qual se valem, em princípio, não atendem bem.

Assim, entende-se como o fez o STJ na solução final deste caso: os pais não têm o direito de realizar em casa a educação regular de seus filhos. O ensino fundamental das crianças e dos adolescentes deve ser recebido nas instituições de ensino.[1114] Não se olvide, ainda, da grande importância que o ambiente escolar tem

---

1112 Fragmento extraído do voto do Ministro Franciulli Netto. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 7.407/DF*. Relator: Ministro Franciulli Netto. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/ revistaeletronica/ Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1032553&sReg=200100228437&sData=20050321&sTipo=3&formato=PDF. Acesso em: 20 fev. 2009).

1113 Fragmento extraído do voto do Ministro Paulo Medina. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 7.407/DF.* Relator: Ministro Paulo Medina. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revista eletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=355088&sReg=200100228437&sData=20050321&sTipo=3&formato=PDF. Acesso em: 20 fev. 2009, grifo nosso)

1114 MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO FUNDAMENTAL. CURRÍCULO MINISTRADO PELOS PAIS INDEPENDENTE DA FREQUÊNCIA À ESCOLA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ILEGALIDADE E/OU ABUSIVIDADE DO ATO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. LEI 1.533/51, ART. 1º, CF, ARTS. 205 E 208, § 3º; LEI 9.394/60, ART. 24, VI E LEI 8.096/90, ARTS. 5º, 53 E 129.
1. Direito líquido e certo é o expresso em lei, que se manifesta inconcusso e insuscetível de dúvidas. 2. Inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno. 3. Segurança denegada

para a formação dos filhos no que tange a sua condição de pessoa convivente. A sede institucional propicia-lhes as primeiras noções de civilidade, tão elementares ao coexistir social.[1115] Ela oferta o aprendizado inicial do que seja alteridade e do quanto esta se mostra, ao mesmo tempo, forçosa e preciosa. Conforme destaca Carlos Roberto Jamil Cury,

> A reafirmação do valor da instituição se dá não só como lócus de transmissão de conhecimentos e de zelo pela aprendizagem dos estudantes. Ela é uma forma de socialização institucional voltada para a superação do egocentrismo pela aquisição do respeito mútuo e da reciprocidade. O amadurecimento da cidadania só se dá quando a pessoa se vê confrontada por situações nas quais o respeito de seus direitos se põe perante o respeito pelo direito dos outros.[1116]

Como já foi dito, a educação se distingue em formal, não-formal e informal, sendo dos pais o dever de oferecer aos seus filhos todas elas. Todavia, a maneira como os pais exercerão esse dever variará na medida em que varie o tipo de educação. Neste sentido, em se tratando de educação formal, o exercício do poder familiar limitar-se-á a atividades de acompanhamento e de fiscalização. Assim porque, conforme se apresenta o ordenamento jurídico vigente, tal processo de aprendizagem é, por natureza, institucionalizado, seguindo estrutura própria, com conteúdo delimitado e com atendimento de critérios qualificativos dos educadores.[1117] Por essa razão há de ocorrer, necessariamente, por intermédio das instituições de ensino. Esta

---

à míngua da existência de direito líquido e certo. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 7407/DF. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 24/04/2002. *Diário de Justiça*, Brasília, 21 mar. 2002.)

1115 Na mesma linha, cita-se Juarez Dayrell: "De qualquer forma, o cotidiano na sala de aula reflete uma experiência de convivência com a diferença. Independente dos conteúdos ministrados, da postura metodológica dos professores, é um espaço potencial de debate de ideias, confronto de valores e visões de um mundo, que interfere no processo de formação e educação dos alunos. Ao mesmo tempo, é (mas poderia ser muito mais) um momento de aprendizagem de convivência grupal, onde as pessoas estão lidando constantemente com as normas, os limites e a transgressão." (DAYRELL, Juarez. A escola como espaço sociocultural. *In*. DAYRELL, Juarez (Org.) *Múltiplos olhares sobre educação e cultura.* 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2001, p. 150.)

1116 CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação escolar e educação no lar: espaços de uma polêmica. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 27, n.96, Especial, p. 677-688, out. 2006, p. 685. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/es/v27n96/a03v2796.pdf. Acesso em: 18 ago. 2011.

1117 Constituição Federal. "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
[...]
§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo."
"Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à:
I - erradicação do analfabetismo;
II - universalização do atendimento escolar;
III - melhoria da qualidade do ensino;
IV - formação para o trabalho;
V – promoção humanística, científica e tecnológica do País."

é, precisamente, a redação do artigo 1º, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

> Art. 1º. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.
> § 1º. Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

A legislação até mesmo admite o papel ativo dos pais na realização da educação formal, mas em caráter complementar. O uso do termo *predominantemente* sugere, com exatidão, que a prioridade na realização deste tipo de educação é das escolas regulares, cabendo aos pais dar continuidade suplementar à mesma no espaço familiar.[1118] Enfim, o exercício do dever de educar, nesse caso, há de ocorrer por meio das escolas, permitindo-se aos pais realizar pessoalmente apenas o aprimoramento do ensino. Nas demais esferas educacionais, essa pessoalidade educativa dos pais pode ser maior.

Vale mencionar, sem a pretensão de encerrar a questão, que o ensino domiciliar foi tema que gerou repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal quando da análise, em 2018, do Recurso Extraordinário 888815. Nesta oportunidade, discutia-se sobre a licitude do chamado *homeschooling*[1119] (ensino domiciliar).

O recurso foi desprovido, pela maioria dos votos, em virtude da ausência de regulamentação sobre o tema[1120]. O ministro Luís Roberto Barroso, a quem coube a relatoria do RE, votou pelo provimento do recurso, reconhecendo a compatibilidade entre o ensino domiciliar e as prescrições constitucionais relacionadas à educação infanto-juvenil. O ministro Edson Fachin votou pelo provimento parcial do recurso,

---

1118 A corroborar ainda mais essa conclusão, vale recorrer a estudos não jurídicos, por vezes mais sensíveis à temática. A socióloga e livre-docente da USP, Maria da Glória Marcondes Gohn, define, com clareza, a diferenciação das instâncias educacionais a partir dos seus agentes promotores. Segundo ela: "[...] na educação formal sabemos que são *os professores*; na não-formal, o grande educador é *o outro*, aquele com quem interagimos ou nos integramos; na educação informal, os agentes educadores são *os pais, a família em geral*, os amigos, os vizinhos, colegas de escola, a igreja paroquial, os meios de comunicação de massa, etc." (GOHN, Maria da Glória Marcondes. Educação não-formal na pedagogia social. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE PEDAGOGIA SOCIAL, 1., 2006, São Paulo. *Proceedings of the...* São Paulo: Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: http://www.proceedings. scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000092006000100034&lng=en&nrm=abn. Acesso em: 20 fev. 2009).

1119 Para uma esclarecedora análise sobre o *homeschooling*, sugere-se a leitura de "*O homeschooling sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente*", de Fernanda Moraes de São José (2014), para quem a proteção integral e o melhor interesse da criança são princípios fundamentais na apreciação desse delicado tema. (SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de. *O homeschooling sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.)

1120 Matéria disponível no Portal do STF resume os votos de todos os ministros que participaram da sessão de julgamento do RE 888815: STF nega recurso que pedia reconhecimento de direito a ensino domiciliar. *Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 12 set. 2018. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496. Acesso em: 03 maio 2020.

pois, embora tenha defendido a constitucionalidade da medida, considerou ser necessário o reconhecimento de sua eficácia, sugerindo que o legislador disciplinasse a sua forma de execução e de fiscalização no prazo máximo de um ano. O ministro Alexandre de Moraes proferiu voto divergente, manifestando-se pelo desprovimento do recurso devido à falta de regulamentação para a aplicação do ensino domiciliar, embora considerasse não existir vedação absoluta a esta modalidade de ensino no texto constitucional[1121]. Os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski não reconheceram a constitucionalidade do ensino domiciliar e votaram pelo desprovimento do recurso. Os ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Rosa Weber e Cármen Lúcia também votaram pelo não provimento do RE 888815. Após o julgamento, foram opostos embargos de declaração, os quais não foram conhecidos, tendo sido determinada a certificação do trânsito em julgado e a baixa dos autos ao juízo de origem.

O ensino domiciliar, dessa forma, encontra-se desautorizado, até então. Para que seja legítima, a prática depende de regulamentação legal. Nesse sentido, há o Projeto de Lei nº 1.388/2022 em trâmite no Congresso Nacional, o qual pretende autorizar o *homeschooling* na educação básica, desde que cumpridas algumas exigências, dentre as quais se destacam: a comprovação de que ao menos um dos pais ou responsáveis legais optantes tenha formação em ensino superior completo ou educação profissional tecnológica; a matrícula em instituição de ensino que acompanhará o desenvolvimento do estudante, pelo professor tutor, mediante encontros semestrais e avaliações anuais. O Projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados e está pendente de análise, ainda, no Senado Federal.

**b) representar os filhos ou assisti-los no exercício dos atos da vida civil; nomear tutor para a hipótese de faltarem ao menor na pendência do poder familiar; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para se casarem, para viajarem ao exterior ou para mudarem sua residência permanente para outro Município**

Os menores de dezoito anos são, para efeitos jurídicos, considerados incapazes de realizar certos atos de maneira autônoma. Até os dezesseis anos, carecerão de alguém que os realize por si, em seu nome e interesse. Entre os dezesseis e dezoito anos, já lhes é reconhecida alguma independência volitiva que precisa, no entanto, ser ratificada por alguém que tenha plena capacidade civil. Absolutamente incapazes, no primeiro caso e relativamente incapazes, no segundo, têm, respectivamente, representantes e assistentes legais.

Diante dessa necessidade oriunda do sistema normativo de capacidade civil, o ordenamento jurídico impõe aos pais o exercício dessas funções supletiva e auxiliadora da vontade do menor na realização de atos. Assim, porque é pressuposto que eles sempre realizarão tal gerência zelando pelo atendimento mais eficaz do

1121 Para uma completa análise dos fundamentos da opinião do ministro Alexandre de Moraes, sugere-se a leitura integral de seu voto, que está disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE888815mAM.PDF

interesse dos seus filhos. Nesse sentido, são priorizados para o exercício desse acompanhamento, sendo excepcional sua concessão a terceiros.

Essa lógica é observada, inclusive, na hipótese da representação ou da assistência deixarem de ser cumpridas pelos pais por sua morte, eventualmente ocorrida antes da obtenção da capacidade civil plena dos filhos. Para o caso de não mais poderem exercer tal incumbência antes que os filhos possam juridicamente agir sozinhos, é permitido que façam nomeação antecipada de quem pretendem que exerça a tutela. Por instrumento próprio (testamento ou qualquer outro documento autêntico), poderão nomear um tutor caso faleçam antes que obtenham os filhos a maioridade. Tal indicação, em princípio, terá prioridade a qualquer outra nomeação, exatamente por se crer que ninguém melhor que os próprios pais para zelar pela preservação dos filhos. Todavia, diante da impossibilidade de atendê-la – casos de impedimento ou invocação de escusa – ou sendo afastada sua virtude, é possível desmerecer a indicação volitiva dos pais e fazer tutor outra pessoa (art. 37, parágrafo único, da Lei 8.069/90). O importante é realmente assegurar a proteção dos menores.

Em matéria de casamento, é sabido que a idade núbil não coincide com a maioridade civil. É permitido aos menores de idade, a partir dos dezesseis anos, casarem-se. Sendo o casamento um ato jurídico e tais pessoas entre dezesseis e dezoito anos relativamente incapazes, será necessária para perfazimento do matrimônio a autorização dos pais. De forma mais simplificada, eles até poderão se casar, desde que, para tanto, contem com a autorização dos assistentes, os quais, em regra, são os próprios pais. É incumbência inserida no *munus* do poder familiar a avaliação da conveniência do casamento para o menor, a qual, se negativa for, inquina de vício a formação familiar, salvo se tiver sido o consentimento suprido judicialmente porque injustamente negado. Mais uma vez, portanto, crê-se, até prova em contrário, que a definição dos pais acerca da realização de atos pelos filhos deve ser respeitada porque presumida coerente ao interesse dos seus filhos.

Muito cuidado há de se ter, no entanto, a esse respeito. Vale reiterar aqui a observação já feita no estudo sobre o princípio da proteção especial no item 3.8 desta obra. Não se pode levar ao extremo a crença de que se deve respeitar a decisão dos pais, mesmo contrária à intenção dos filhos na consecução de situações jurídicas, sobretudo as de ordem subjetiva. Lembre-se de que a maneira mais adequada de se proteger a pessoa é permitir a ela o exercício de sua autonomia, ainda que proporcional a seu discernimento. Essa regra para os menores é muito importante. Afinal, toda sobreposição externa de vontade marcará decisivamente sua identidade, que se encontra num particular período de formação.

A Lei nº 13.058/2014 acrescentou, ainda, ao artigo 1634 do Código Civil duas outras competências inerentes ao poder familiar. A primeira delas é a competência para conceder ou negar consentimento para que os filhos menores viajem ao exterior. Embora não constasse expressamente das atribuições do poder familiar, tal incumbência já lhe era inerente tendo em vista a relevância da atividade e, considerando-se que a matéria já era tratada pelo artigo 84 da Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, apenas estaria dispensada a autorização se ambos os pais ou o responsável estivessem acompanhando a criança ou adolescente ou,

mediante autorização expressa de um dos pais, por meio de documento com firma reconhecida, na hipótese em que a viagem se realizasse na companhia de apenas um deles.[1122]

A segunda inserção ao artigo 1634 corresponde ao atual inciso V, que se refere à concessão ou negativa de consentimento para que os filhos mudem sua residência permanente para outro Município.

Nesse sentido, outra alteração do Código Civil promovida pela Lei nº 13.058/2014 é a nova redação do parágrafo terceiro do artigo 1583[1123], que dispõe sobre a moradia dos filhos menores em caso de guarda compartilhada e considera como cidade base aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

**c) reclamar os filhos de quem injustamente os detenha;**

Inserida a guarda no conteúdo do poder familiar, é direito dos pais ter os filhos consigo para concorrer, efetivamente, na criação da personalidade dos mesmos e para protegê-los. Naturalmente, isso não quer dizer que os filhos não possam ficar em companhia de terceiros; desde que para tanto tenham os pais concordado. Na ausência dessa permissão, a situação caracteriza-se ilegal, sendo permitido aos titulares do poder familiar coativamente retirar os filhos de quem injustamente os detenha, a fim de reintegrá-los ao seu convívio. A busca e apreensão é a medida judicial cabível nesse caso.

Observação relevante a esse respeito atine à hipótese de viagem nacional ou internacional a ser realizada pela criança ou adolescente acompanhada de apenas um dos pais ou, sem qualquer deles, com terceiro. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 83 e 84,[1124] adota a regra geral de que ficará dispensada

---

1122 Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente
Art. 84. Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente:
I - estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável;
II - viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida.

1123 Art. 1.583 do CC/02. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). (...)
§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

1124 Sobre a concessão de autorização de viagem para o exterior de crianças e adolescentes brasileiros, existe a Resolução n.º 131, de 26 de maior de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece:
"Das Autorizações de Viagem Internacional para Crianças ou Adolescentes Brasileiros Residentes no Brasil
Art. 1º É dispensável autorização judicial para que crianças ou adolescentes brasileiros residentes no Brasil viajem ao exterior, nas seguintes situações:
I) em companhia de ambos os genitores;
II) em companhia de um dos genitores, desde que haja autorização do outro, com firma reconhecida;
III) desacompanhado ou em companhia de terceiros maiores e capazes, designados pelos genitores, desde que haja autorização de ambos os pais, com firma reconhecida.
Das Autorizações de Viagem Internacional para Crianças ou Adolescentes Brasileiros Residentes no Exterior
Art. 2º É dispensável autorização judicial para que crianças ou adolescentes brasileiros residentes fora do Brasil, detentores ou não de outra nacionalidade, viajem de volta ao país

a autorização judicial nesses casos quando o pai não viajante ou ambos derem

---

de residência, nas seguintes situações:
I) em companhia de um dos genitores, independentemente de qualquer autorização escrita;
II) desacompanhado ou acompanhado de terceiro maior e capaz designado pelos genitores, desde que haja autorização escrita dos pais, com firma reconhecida.
§ 1º A comprovação da residência da criança ou adolescente no exterior far-se-á mediante Atestado de Residência emitido por repartição consular brasileira há menos de dois anos.
§ 2º Na ausência de comprovação da residência no exterior, aplica-se o disposto no art. 1º.
Das Disposições Gerais
Art. 3º Sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente brasileiro poderá sair do país em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior.
Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput deste artigo, aplicando-se o disposto no art. 1º ou 2º:
I) se o estrangeiro for genitor da criança ou adolescente;
II) se a criança ou adolescente, nascido no Brasil, não tiver nacionalidade brasileira.
Art. 4º A autorização dos pais poderá também ocorrer por escritura pública.
Art. 5º O falecimento de um ou ambos os genitores deve ser comprovado pelo interessado mediante a apresentação de certidão de óbito do(s) genitor(es).
Art. 6º Não é exigível a autorização de genitores suspensos ou destituídos do poder familiar, devendo o interessado comprovar a circunstância por meio de certidão de nascimento da criança ou adolescente, devidamente averbada.
Art. 7º O guardião por prazo indeterminado (anteriormente nominado guardião definitivo) ou o tutor, ambos judicialmente nomeados em termo de compromisso, que não sejam os genitores, poderão autorizar a viagem da criança ou adolescente sob seus cuidados, para todos os fins desta resolução, como se pais fossem.
Art. 8º As autorizações exaradas pelos pais ou responsáveis deverão ser apresentadas em duas vias originais, uma das quais permanecerá retida pela Polícia Federal.
§ 1º O reconhecimento de firma poderá ser por autenticidade ou semelhança.
§ 2º Ainda que não haja reconhecimento de firma, serão válidas as autorizações de pais ou responsáveis que forem exaradas na presença de autoridade consular brasileira, devendo, nesta hipótese, constar a assinatura da autoridade consular no documento de autorização.
Art. 9º Os documentos mencionados nos arts. 2º, § 1º, 4º, 5º, 6º e 7º deverão ser apresentados no original ou cópia autenticada no Brasil ou por repartição consular brasileira, permanecendo retida com a fiscalização da Polícia Federal cópia (simples ou autenticada) a ser providenciada pelo interessado.
Art. 10. Os documentos de autorizações dadas pelos genitores, tutores ou guardiões definitivos deverão fazer constar o prazo de validade, compreendendo-se, em caso de omissão, que a autorização é válida por dois anos.
Art. 11. Salvo se expressamente consignado, as autorizações de viagem internacional expressas nesta resolução não se constituem em autorizações para fixação de residência permanente no exterior.
Parágrafo único. Eventuais modelos ou formulários produzidos, divulgados e distribuídos pelo Poder Judiciário ou órgãos governamentais, deverão conter a advertência consignada no caput.
Art. 12. Os documentos e cópias retidos pelas autoridades migratórias por força desta resolução poderão, a seu critério, ser destruídos após o decurso do prazo de dois anos.
Art. 13. O Ministério das Relações Exteriores e a Polícia Federal poderão instituir procedimentos, conforme as normas desta resolução, para que pais ou responsáveis autorizem viagens de crianças e adolescentes ao exterior quando do requerimento da expedição de passaporte, para que deste conste a autorização.
Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, a Presidência do Conselho Nacional de Justiça poderá indicar representante para fazer parte de eventual Grupo de Trabalho a ser instituído pelo Ministério das Relações Exteriores e/ou Polícia Federal.
Art. 14. Fica expressamente revogada a Resolução CNJ nº 74/2009, assim como as disposições em contrário.
Art. 15. A presente Resolução entra em vigor na data de sua publicação." Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=116>. Acesso em: 28 maio 2020.

respectiva autorização em documento escrito com firma reconhecida. A ordem parece adequada ao conteúdo do poder familiar e a sua dupla titularidade, de modo que, se houver consenso entre os pais, dispensa-se a intervenção do magistrado. A *contrario sensu*, em caso de divergência, mesmo que a viagem venha a ser promovida com um dos pais, será preciso análise judicial para suprir a negativa do outro, se infundada, ou para mantê-la e impedir o deslocamento, se justificada.

Curiosa licença legal, no entanto, é a que vem prevista na alínea b, número 1 do artigo 83[1125] do ECA, recentemente alterado pela Lei nº 13.812, de 16 de março de 2019: se a criança ou o adolescente menor de 16 anos for realizar viagem nacional acompanhada de parente maior, ascendente ou colateral até terceiro grau, basta a comprovação documental do parentesco. Isso leva a crer tratar-se de circunstância em que fica dispensada não só a autorização judicial como a própria permissão parental. Essa não parece ser, todavia, a conclusão mais adequada. Se é direito e dever dos pais ter os filhos menores em sua companhia, mesmo que ela se vá transferir a um parente, há de contar com a autorização dos pais ou com o suprimento judicial de consentimento. Do contrário, deveria ser presumida indevida.

**d) exigir dos filhos obediência, respeito e serviços adequados a sua condição e idade;**

Dentre as condições elementares à estruturação de uma pessoa, estão as noções de convivência. Como ser social, toda pessoa precisa lidar com o outro, sendo preciso, para tanto, apreender requisitos mínimos a tornar tal experiência aprazível e enriquecedora: ter respeito é um deles.

Respeitar significa reconhecer e considerar o outro como integrante do contexto em que os comportamentos se realizam. Assim, as ações pessoais hão de ser eleitas na medida em que não ofendam essa mesma esfera de ação alheia. O respeito é, dessa maneira, consciência que permite promover a coordenação de propósitos e atos das pessoas entre si, o que não deixa de ser uma forma de compartilhamento e auxílio-mútuo.

---

1125 Art. 83. Nenhuma criança ou adolescente menor de 16 (dezesseis) anos poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem expressa autorização judicial. (Redação dada pela Lei nº 13.812, de 2019)
§ 1º A autorização não será exigida quando:
a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana;
a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança ou do adolescente menor de 16 (dezesseis) anos, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana; (Redação dada pela Lei nº 13.812, de 2019)
b) a criança estiver acompanhada:
b) a criança ou o adolescente menor de 16 (dezesseis) anos estiver acompanhado: (Redação dada pela Lei nº 13.812, de 2019)
1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco;
2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável.
§ 2º A autoridade judiciária poderá, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 maio 2020.

No espaço da família, tipicamente afetivo, o repasse desses ensinamentos aos filhos se facilita, posto as disposições à tolerância e à preocupação com o outro se mostrarem quase naturais. Ensinar respeito aos menores perpassa, assim, pelo cultivo desses sentimentos a demonstrar o quão importante é perceber que não se está sozinho e que isso, se de um lado é vantajoso, do outro exige cuidado. Por fim, sublinhe-se que a relação é dialética: se os pais têm o direito, e o dever, de exigir que tenham os menores respeito para com eles, a recíproca há de ser verdadeira.

A ideia de obediência se insere nesse contexto e deve ser compreendida com bastante cautela. Ser obediente não equivale a ser submisso. Os pais não podem transmitir aos filhos sob poder familiar a convicção de serem inferiores. Há muito está superada a disposição hierárquica do elo filial. Permitir exigir obediência é autorizar que os pais se façam respeitar também pelo seu maior discernimento e maturidade, oriundos das experiências já por eles vivenciadas, pelas quais, dada a diferença de idade, ainda não passaram os filhos. Mas ressalve-se: a autoridade, resultante dessa credibilidade etária, não se pode confundir com autoritarismo.

Nessa seara, veio a lume a Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014, popularmente conhecida como Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo, com o propósito de alterar dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente para conferir-lhes o direito de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante. A lei ficou assim conhecida em razão da repercussão, em 2014, do assassinato de Bernardo Uglione Boldrini, de 11 anos, pelo pai e pela madrasta[1126].

Foram acrescentados ao Estatuto da Criança e do Adolescente os artigos 18-A, 18-B e 70-A e foi alterada a redação do artigo 13. Por meio dessa nova legislação, também foi alterada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9394/1996, incluindo-se o parágrafo nono ao artigo 26.

O artigo 18-A garantiu à criança e ao adolescente o direito à educação e ao cuidado sem que lhes sejam impostos, independentemente do pretexto, castigos físicos ou tratamentos cruéis ou degradantes por qualquer pessoa que esteja encarregada de seu cuidado, tratamento, educação ou proteção, sob pena de que ao agente sejam aplicadas pelo Conselho Tutelar, a depender da gravidade do caso, as medidas previstas no artigo 18-B: encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos ou programas de orientação; obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; e, advertência. Referidas medidas não obstam a que o agente responda às demais sanções cabíveis tanto na esfera cível quanto na esfera criminal.

Visa-se impedir o uso de força física que possa causar à criança ou ao adolescente sofrimentos físicos ou lesões e, ainda, evitar que eles sejam humilhados,

---

1126 Segundo a avó de Bernardo Boldrini, em entrevista à RBS TV, os maus tratos sofridos pelo neto eram de conhecimento da justiça, pois o próprio Bernardo já havia se dirigido ao fórum de sua cidade, Três Passos/RS, para pedir socorro. O trecho de sua entrevista está disponível no portal de notícias G1, no seguinte endereço eletrônico: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/04/bernardo-morreu-dia-4-de-abril-de-forma-violenta-diz-atestado-de-obito.html. Acesso em: 28 maio 2020.

ridicularizados ou gravemente ameaçados em razão de conduta ou forma cruel de tratamento.

Finalmente, o ordenamento jurídico dá aos titulares do poder familiar a possibilidade de fazer com que os filhos prestem certos serviços, desde que adequados a sua condição e idade. Essa é uma faculdade bastante discutida na doutrina, existindo alguns autores que a condenam por considerá-la como inaceitável permissão à exploração da vulnerabilidade dos menores.[1127]

Ainda que se concorde ser inaceitável o abuso dos filhos na exigência de serviços aos mesmos, não se pensa ser esta a orientação normativa. Com mais razão parecem estar os que a interpretam como alternativa à participação do menor na vida familiar, como recurso integrativo capaz de gerar-lhe a percepção de utilidade e pertença ao grupo.[1128] O trabalho infanto-juvenil com propósito eminentemente lucrativo é vedado, não assim a colaboração doméstica cujo propósito é destacadamente educativo.

## 13.2.2. Em relação ao patrimônio dos filhos

A titularidade do poder familiar dos pais não se resume à proteção dos menores em si, mas se estende aos bens dos quais, porventura, sejam estes proprietários.

Dada a condição de incapaz da criança e do adolescente, não podem, por si só, prezarem pelo próprio patrimônio, transferindo-se tal incumbência aos pais enquanto exercerem o poder familiar. No interregno até a maioridade ou emancipação dos filhos, a administração patrimonial fica a cargo do pai e da mãe. Isso é o que preveem os artigos 1.689, II, e 1.690 do Código Civil.

A competência parental, nesse caso, é meramente gerencial. Os pais devem realizar tão somente atos de manutenção patrimonial. Não lhes é permitido levar a cabo qualquer atividade de disposição, direta (venda ou acréscimo de ônus real, por exemplo), no que tange ao patrimônio imobiliário do menor, ou indireta (dívidas em nome do menor), salvo prévia permissão judicial, sob pena de nulidade. Nas precisas palavras do artigo 1.691 do Código Civil: "Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz."

A alienação de bens móveis, porém, dispensa autorização judicial, mas os valores assim obtidos hão de ser convertidos em favor do proprietário menor. Dispensar isso equivaleria permitir ao mero administrador dispor de direito alheio em benefício próprio, o que foge das regras jurídicas mais elementares. De qualquer

1127 LÔBO, Paulo. *Direito civil: volume 5: Famílias.* 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodvim, 2020, p. 309.

1128 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, p. 431; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 262; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 741, *E-book*.

maneira, há presunção relativa de que os pais destinem este crédito para realização dos interesses do menor. Quando assim não for, será necessário comprovar para que seja possível pleitear perdas e danos.[1129]

Ao lado da administração, têm os pais direito ao usufruto dos bens dos filhos nas mesmas circunstâncias; isto é, até que finde o poder familiar. Em se tratando de usufruto legal, mesmo que recaia em bens imóveis, dispensará registro público e caução dos titulares – providências que normalmente se impõem aos usufrutuários para advento de seu direito.

Nessa qualidade, é permitido aos pais extrair dos bens dos filhos sua utilidade, bem como os frutos que eventualmente ofereçam.[1130] Entende-se, de qualquer forma, especialmente sobre o aspecto da fruição, que, se o bem de propriedade do menor proporcionar renda, ela há de ser usada em seu benefício, não podendo ser considerada de titularidade dos pais,[1131] porque usufrutuários, como acontece no usufruto padrão. Afinal, os pais só adquirem tal qualidade em favor e para proteção dos filhos, o que se contrariaria caso se entendesse que os aluguéis, por exemplo, são crédito deles e não dos menores.[1132]

Finalmente, nem todos os bens desses filhos ficarão sob a gerência e o usufruto dos pais. Escapam a tanto: a) os bens que tenham sido deixados aos menores por herança ou doação e cujo sucedido ou doador tenha imposto tal condição ou nomeado um curador especial para deles cuidar; b) os bens herdados pelos menores em sucessão da qual tenham os pais sido excluídos, a fim de garantir a eficácia dessa pena civil imposta aos ascendentes; c) os bens fruto do trabalho do menor já com dezesseis anos completos porque a causa de sua aquisição demonstra considerável discernimento do incapaz – podendo, inclusive, ser motivo de automática emancipação[1133] –, a aconselhar que se deixe ao mesmo o respectivo exercício da propriedade; d) os bens que já eram de propriedade do filho antes do seu reconhecimento pelo pai ou mãe, a fim de evitar que a declaração do elo filial tenha sido buscada apenas com o propósito de obter tal benefício patrimonial.[1134]

---

1129 LÔBO, Paulo. *Direito civil: volume 5: Famílias.* 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 272.

1130 Código Civil.
Art. 1.394. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos.

1131 Defendendo o contrário, encontra-se RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6, p. 364.

1132 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 311.

1133 Código Civil.
Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.
Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:
[...]
V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

1134 Essas são as hipóteses previstas no artigo 1.693 c/c artigo 1.733 § 2º do Código Civil. Para Paulo Lôbo, porém, elas “não são excludentes de outras, em virtude da primazia do melhor

## 13.3 Extinção, perda e suspensão do poder familiar

Como qualquer instituto jurídico, o poder familiar também dura enquanto persistir sua utilidade e as condições para que seja exercido. Nesse sentido, superada a fase de vida do filho em que seu acompanhamento e proteção são elementares – dada a presumida ausência de discernimento e peculiar formação de sua personalidade –, perde razão a autoridade parental. Extingue-se o poder familiar assim que o menor obtiver a capacidade civil plena, seja pela maioridade ou pela emancipação.[1135]

Da mesma forma, não mais haverá necessidade ou possibilidade de tal auxílio se o filho ou ambos os pais falecerem ou se tiver sido desfeito o vínculo parental originário, antes de completada a etapa de amadurecimento fisiopsíquico do menor. A morte da criança ou do adolescente, sua adoção ou a morte do pai e da mãe, havidos no período da menoridade, findam o poder familiar.

Vale observar, porém, que no caso de ter sido adotado o infante, ele permanecerá tendo quem exerça o poder familiar, havendo apenas uma substituição de titulares – ao invés dos antigos, os novos pais. Conforme bem esclarece Caio Mário da Silva Pereira, "o parentesco civil opera como causa translatícia antes que extintiva, pois, examinada a relação pelo lado da criança ou do jovem, ele não se acha em nenhum momento fora do poder parental."[1136]

Também é digno de nota que a extinção em caso de falecimento dos pais só se dá se este for conjunto. Havendo quem sobreviva – pai ou mãe – nele se concentrará o poder familiar.[1137] Afinal, o *munus* é único e a titularidade só é conjunta porque – e enquanto – há a pluralidade. Instalando-se a singularidade, o encargo se unifica.[1138]

Por fim, a última causa de extinção do poder familiar é a decisão judicial. Pode o magistrado, quando motivos consideráveis lhe forem apresentados, retirar dos pais a legitimação para orientarem a criação do menor. Geralmente, isso ocorre exatamente porque foi atestada faticamente a incompetência para tanto desses ascendentes. A extinção do poder familiar é, nesse caso, efeito da perda, a qual consiste numa sanção imposta aos pais que não demonstrem razoáveis condições de exercê-lo. Diferente das demais causas extintivas, esta é fruto de uma avaliação negativa do exercício do poder familiar pelos titulares, correspondendo a uma penalização a eles imposta, justificada, principalmente, pela necessidade de salvaguardar o filho.

---

interesse do menor." (LÔBO, Paulo. *Direito civil: volume 5: Famílias.* 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*).

1135 Art. 1.635, incisos II e III, do Código Civil.

1136 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, p. 433-434.

1137 LÔBO, Paulo. *Direito civil:* volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

1138 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 317.

É importante bem compreender este detalhe: a perda do poder familiar pelos pais, muito além de objetivar penitenciá-los,[1139] visa a preservar a pessoa do menor. De tal maneira que, como observa Paulo Lôbo, se essa decretação trouxer relevante prejuízo ao filho, deverá ser evitada.[1140] Contudo, é importante frisar, que a perda do poder familiar não interfere no direito a alimentos, ou seja, mesmo após a decretação de tal medida pelo juiz, poderá existir obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos menores. Tal possibilidade existe porque o parentesco entre essas pessoas, enquanto não houver a adoção do filho, continuará existindo mesmo após a perda do poder familiar. Portanto, nesse caso, os alimentos serão estipulados não com fulcro no poder familiar que se extinguiu, mas no parentesco que continuará existindo entre pais e filhos.

As hipóteses que levam à perda e à respectiva extinção do poder familiar correspondem a graves situações de exposição do menor, vindo previstas no artigo 1.638 do Código Civil, que teve sua redação alterada pelas Leis nº 13.509/2017 e nº 13.715/2018. São elas: castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; incidir, reiteradamente, nos motivos que levam à suspensão do poder familiar; entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção; praticar homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo à condição da mulher e praticar estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. Com relação à prática desses crimes, consideram-se vítimas tanto os descendentes do titular do poder familiar quanto aquele (a) igualmente titular do mesmo poder familiar.

Deixar ao abandono o filho, intencionalmente, é a segunda causa legal de perda do poder familiar. O descuido para com o menor, seja material ou moralmente, é precisamente o avesso do fundamento de garantir-lhe proteção – sustentáculo da autoridade parental. Talvez essa seja a situação em que, com mais clareza, visualiza-se a completa falta de aptidão para realização da parentalidade.[1141] Isso torna ainda

---

1139 Acerca desse ponto, vale advertir que, por vezes, suprimir dos pais o poder familiar quando o executam em ofensa à criança ou ao adolescente pode representar um prêmio e não uma sanção. A irresponsabilidade pode ser verdadeiramente pretendida por estes que agem mal. Essa é uma situação extrema que serve a demonstrar o quão importante é ter em mente que a fundamental razão da perda é proteger o menor. Afinal, se apenas se pretendesse penalizar, a manutenção do poder familiar nesses casos é que seria a medida adequada. Ainda sob a mesma perspectiva, Maria Berenice Dias defende a persistência do dever alimentar dos pais que perderam o poder familiar, se o(s) filho(s) não vier(em) a ser adotado(s). Assim porque, segundo ela, "entendimento em sentido contrário premiaria quem faltou com seus deveres." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 313).

1140 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

1141 A ilustrar essas situações, transcrevem-se duas decisões proferidas pelos tribunais gaúcho e mineiro:
APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. HISTÓRICO DA GENITORA INCOMPATÍVEL COM O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES DO PODER FAMILIAR. Tentativas frustradas de restabelecimento do vínculo com o filho. O menino não pode permanecer, indefinidamente, aguardando a melhora do comportamento da genitora, privando-o de

mais emergencial a necessidade de interferência jurídica, a fim de evitar maiores prejuízos à criança ou ao adolescente. De qualquer forma, é preciso cautela na avaliação fática.

Em se tratando de abandono material, algumas vezes, ele se caracteriza em circunstâncias nas quais é flagrante a dificuldade financeira, que, em alguns casos, chega a beirar a miserabilidade. Nessas situações, é bastante delicada a imputação de culpa aos pais pelo reconhecimento da intenção de abandonar. Ademais, o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente impede a perda do poder familiar por esse motivo, quando único.[1142] Assim porque, de um lado, crê-se que o atendimento dos interesses do menor requer circunstâncias mais elementares e menos superáveis que a material, como o afeto e a convivência familiar, por exemplo. De outro lado, é dever do Estado prevenir – por meio da promoção do planejamento familiar – ou remediar tais situações carenciais.[1143] Ocorre que, como esses ônus estatais nem sempre se cumprem bem, o que se acaba por vivenciar é a falta de recursos econômicos prejudicar decisivamente o exercício pleno do poder familiar.

A privação material ainda se pode verificar em circunstâncias menos drásticas, assim consideradas aquelas em que o pai faltoso tem patrimônio para saná-la, embora se negue a fazê-lo. Para esses casos, servem os procedimentos de

---

desenvolvimento sadio e convívio com uma família. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC 70008265423. Relator: Des. Alfredo Guilherme Englert, julgado em 06/05/2004. *Diário de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 06 maio 2004).
AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. INTERRUPÇÃO DO TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO E PSICOLÓGICO AO QUAL A GENITORA SE SUBMETIA SEM TER HAVIDO ALTA MÉDICA. ARMA DE FOGO ENCONTRADA EM PODER DA MÃE. ALCOOLISMO. CONDUTA INCOMPATÍVEL. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA MENOR. NECESSIDADE DE MANTÊ-LA EM AMBIENTE SAUDÁVEL. 1 - A destituição do poder familiar é medida que visa o interesse do menor. 2- O ECA assegura à criança e ao adolescente direitos mínimos a serem preservados por seus pais, tais como a educação, saúde, dignidade e integridade.3- Não tendo a mãe biológica condições psíquicas e sociais para a criação do filho, deve esse ser retirado do lar. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0183.10.002613-1/001 0413271-91.2011.8.13.0000 (1). Relator: Des.(a) Washington Ferreira, julgado em 01/11/2011.

1142 APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Sabido que a mera condição de pobreza dos pais, desacompanhada de prova de descumprimento de deveres decorrentes do poder familiar, não é justificativa para destituir o pode familiar. Contudo, no caso, verificaram-se indícios de que os apelantes já não vêm prestando o adequado amparo e cuidado em relação aos demais filhos do casal. E em relação ao filho, protegido nesta ação, verificou-se realmente o abandono por parte dos recorrentes, cujo pai poderia ter comparecido ao hospital e ambos poderiam ter visitado o filho no abrigo, após a alta hospitalar do infante. Em suma, neste caso, o melhor interesse do menor (princípio fundamental do Direito da Infância e Juventude) está realmente refletido na sentença de destituição do poder familiar, até mesmo porque o infante protegido se encontra sob a guarda provisória de família substituta desde 18/08/2014 (há quase 02 anos). NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível, Nº 70068735141, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 28-04-2016, grifo nosso)

1143 O parágrafo primeiro do artigo 23 da Lei nº 8.069/90, com nova redação dada pela Lei nº 13.257/2016, é, inclusive, claro ao enunciar que “não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção.”.

fixação e execução da obrigação alimentar, mesmo após a perda do poder familiar. Eventual perda do poder familiar não extingue a relação de parentesco existente entre pais e filhos, o que fundamenta a constituição ou a manutenção da obrigação alimentar entre eles.

Em matéria de abandono não material, por sua vez, muito se tem discutido sobre a falta de afeto e sobre a possibilidade de ser o filho por tanto indenizado. A esse respeito, remete-se à discussão e conclusão formuladas em capítulo próprio nesta obra.[1144]

Atos contrários à moral e aos bons costumes, quando efetivados pelos pais, em conjunto, ou por qualquer deles, individualmente, também podem ensejar a perda do poder familiar pelo agente. A caracterização desses atos, porém, é algo que requer o detalhamento fático a ser apreciado pelo juiz. Sendo tal sua dependência da realidade, fica inviabilizada qualquer tentativa de conceituação abstrata do que sejam eles. Alguns exemplos, porém, apresentam-se em litígios judiciais, como a violência de ordem sexual[1145] ou o estímulo à criminalidade.[1146]

A quarta hipótese de perda do poder familiar, prevista no artigo 1.638 do Código Civil, invoca a reincidência de atos provocadores da medida de suspensão do exercício desse *munus*. Melhor explicando, se qualquer dos pais, ou ambos, incorrerem por diversas vezes em atos capazes de levar à suspensão judicial do poder familiar poderá lhes ser decretada, definitivamente, a perda deste.

O abuso de autoridade, o descumprimento dos deveres parentais, a provocação da ruína do patrimônio dos filhos ou a condenação criminal em pena de prisão por tempo superior a dois anos são hipóteses que admitem, segundo artigo 1.637 do Código Civil, a interrupção temporária e reversível do exercício do poder familiar. Na opinião de Paulo Lôbo,[1147] haja vista que a suspensão é tipicamente preventiva e acauteladora, para ser decretada pode bastar uma única ocorrência que a justifique, da mesma forma que o dano ao menor não precisa já ter sido concretizado, podendo ser apenas iminente. Mais que isso, o autor apregoa que o rol do artigo é apenas exemplificativo, não se excluindo outras hipóteses em que a medida se mostre recomendada.

---

1144 Dirija-se o leitor ao Capítulo 17 intitulado "Responsabilidade Civil nas Relações Familiares".

1145 DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR ABUSO SEXUAL DE GENITOR – PRÁTICA DE ATOS CONTRÁRIOS À MORAL E AOS BONS COSTUMES. Alegação do agravante de decisão teratológica, desprezando-se provas materiais. Pleiteamento de reforma da decisão interlocutória por não haver indícios do ocorrido. Comprovação do abuso sexual através do estudo social e psicológico. Desprovimento do recurso. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 2003.002.21114. Relator: Des. Helena Belc Klausner, julgado em 24/03/2004. *Diário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 24 mar. 2004).

1146 "A promotora Viviane Damiani Valcanaia, que atua na área da infância e juventude na comarca de Balneário Piçarras (SC), pede na Justiça a destituição do poder familiar dos pais sobre duas crianças que aparecem em um vídeo caseiro recebendo aulas sobre como praticar um assalto." (PAI que deu "aula de assalto" para crianças em SC pode perder guarda do filho. *Notícias: Editora Magister*, Porto Alegre, 09/06/2009. Disponível em: http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=36847&page=1. Acesso em: 09 jun. 2009).

1147 LÔBO, Paulo. *Direito civil:* volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

A suspensão poderá ser parcial – relativa a alguns atos apenas – ou total – relativa a todos os atos – dependendo da razão que a fundamenta. Em qualquer dos casos, o exercício do poder familiar concentrar-se-á no outro titular não suspenso ou, se a medida recair sobre os dois, far-se-á necessária a nomeação de um tutor. Finda a causa; findo poderá ser seu efeito, restabelecendo-se plenamente a autoridade parental ao(s) pai(s) temporariamente impedido(s). Se isso não ocorrer, porém, prolongando-se excessivamente o motivo da suspensão, a suspensão do poder familiar poderá se converter em perda, como já foi dito.

A perda do poder familiar também pode se dar em razão da entrega de forma irregular do filho a terceiros para fins de adoção[1148], consoante o inciso V do artigo 1638, que fora introduzido pela Lei nº. 13.509/2017. Referida lei, que entrou em vigor em 22 de novembro de 2017, dispõe sobre adoção, tendo alterado, além do Código Civil, diversos dispositivos do ECA que versam sobre adoção e, também, promovido alterações nos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que tratam da proteção à maternidade.

1148 RECURSO DE APELAÇÃO. Estatuto da Criança e do Adolescente. (i) Ação de destituição do poder familiar. Apelo tirado pela genitora em face da r. sentença de primeiro grau que julgou procedente a ação, decretando a perda de seu poder parental sobre o filho. (ii) Preliminar de inépcia da inicial por ausência de causa de pedir. Inocorrência. Sendo a entrega irregular do filho a terceiros para fins de adoção motivo idôneo à destituição do poder familiar, conforme artigo 1.638, inciso V, do Código Civil, então decorre naturalmente a presença de causa de pedir a lastrear o pedido ao final deduzido na exordial. Peça vestibular que, ademais, foi redigida de maneira clara e com concatenação entre as premissas lógicas nela deduzidas, podendo ser bem compreendida a ponto de permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa pela ré, ora apelante, e de conduzir o feito, após regular instrução, a final julgamento com enfrentamento do mérito. (iii) No mérito, irresignação que não prospera, por não encontrar suporte no conjunto probatório, bem valorado na tecnicamente embasada e fundamentada sentença recorrida. Genitora que, desde a gestação, sempre externou a vontade de se exonerar da autoridade parental sobre o filho assim que ele nascesse por não desejá-lo, eis que fruto de relacionamento extraconjugal e não aceito por seu companheiro. Apelante que somente não logrou êxito em entregar o filho a terceiros em adoção irregular porque, chegando o caso ao conhecimento do parquet e da autoridade judiciária competente, determinou-se o acolhimento institucional do menino tão logo nascesse. (iv) Propalada mudança de desígnios jamais espelhada nas atitudes práticas da genetriz, que nunca desenvolveu os esperados vínculos materno-filiais com o menino. (v) Inaplicabilidade do artigo 19-A, § 8º, do ECA à espécie. Dispositivo normativo que não trata de qualquer hipótese de desistência voluntária do poder familiar e entrega do filho gestado ou recém-nascido para adoção, mas apenas da entrega feita em Juízo, após a observância de rígido procedimento com a participação do Ministério Público e com o acompanhamento dos pais pela equipe multidisciplinar que assessora o Juízo Minoril. (vi) Entrega do filho a terceiros em adoção irregular, por sua vez, que tem por resposta o decreto da perda da autoridade parental, na forma do artigo 1.638, inciso V, do Código Civil. Norma aplicável ao caso mesmo que a entrega do filho a terceiros não tenha se concretizado – o que somente aconteceu por circunstâncias alheias à vontade da genitora. (vii) Inexistência de parentes aptos ou interessados em assumir a guarda do petiz. (viii) Descumprimento das obrigações do poder familiar caracterizado. Violação aos artigos 22 da lei nº 8.069/1990 e 1.634 do Código Civil. Perda do poder familiar que se justifica na hipótese dos autos, na forma do artigo 1.638, incisos II e V, do Código Civil. (ix) Infante inserto em lar substituto há cerca de 06 (seis) meses. (x) Recurso não provido. (Apelação Cível/Destituição de Poder Familiar nº 1002601-51.2019.8.26.0048 (Segredo de Justiça). Órgão julgador: Câmara Especial, Relator: Issa Ahmed, 26 nov. 2019, publ. 26 nov. 2019, São Paulo. TJSP).

Quanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente, incluiu-se o artigo 19-A[1149] para disciplinar o procedimento a ser adotado quando a mãe ou gestante tiver manifestado, antes ou logo após o nascimento, o interesse em entregar seu filho para adoção. Diante de sua manifestação, a gestante ou mãe será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude, que contará com equipe interprofissional para ouvi-la e, então, emitir relatório que servirá de base para que a autoridade judiciária determine, mediante expresso consentimento da gestante ou mãe, seu encaminhamento à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado.

A extinção do poder familiar será declarada pelo juiz, em audiência da qual participe o Ministério Público, mediante nova manifestação de vontade da mãe, em conjunto com o genitor, se houver pai registral ou indicado.

Para encerrar as hipóteses de perda do poder familiar, reporta-se ao parágrafo único do artigo 1638 do Código Civil, incluído pela Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018, que também promoveu alterações no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

1149 Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 1º A gestante ou mãe será ouvida pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará relatório à autoridade judiciária, considerando inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 2º De posse do relatório, a autoridade judiciária poderá determinar o encaminhamento da gestante ou mãe, mediante sua expressa concordância, à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 3º A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 5º Após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada na audiência a que se refere o § 1 o do art. 166 desta Lei, garantido o sigilo sobre a entrega. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 6º Na hipótese de não comparecerem à audiência nem o genitor nem representante da família extensa para confirmar a intenção de exercer o poder familiar ou a guarda, a autoridade judiciária suspenderá o poder familiar da mãe, e a criança será colocada sob a guarda provisória de quem esteja habilitado a adotá-la. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 7º Os detentores da guarda possuem o prazo de 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 8º Na hipótese de desistência pelos genitores - manifestada em audiência ou perante a equipe interprofissional - da entrega da criança após o nascimento, a criança será mantida com os genitores, e será determinado pela Justiça da Infância e da Juventude o acompanhamento familiar pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 9º É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
§ 10º Serão cadastrados para adoção recém-nascidos e crianças acolhidas não procuradas por suas famílias no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do dia do acolhimento. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Passou a autorizar a perda do poder familiar por ato judicial a prática de determinados crimes[1150] contra a vida, como homicídio e feminicídio, de lesões corporais dolosas envolvendo violência doméstica ou familiar ou discriminação à condição da mulher, de estupro, estupro de vulnerável ou outros crimes contra a dignidade sexual sujeitos à pena de reclusão[1151]. Frise-se que, de acordo com o parágrafo único do artigo 1638 do Código Civil, declarar-se-á a perda do poder familiar tanto quando os crimes tiverem sido praticados contra o filho, filha ou outro descendente quanto na hipótese em que os referidos crimes tiverem como vítimas aquele(a) que igualmente titularizar o mesmo poder familiar.

## 13.4 Guarda parental compartilhada: modelo adequado a comum titularidade do poder familiar

Como se tentou esclarecer acima, a guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar e se justifica pela necessidade de convivência dos pais com os filhos menores a fim de lhes fomentar a constituição de sua personalidade. Por decorrência natural disso, a guarda há de ser entendida como direito de ambos os pais, sendo para tanto indiferente o fato de manterem, ou não, entre si relação familiar. *A guarda corresponde à possibilidade de ter em sua companhia o filho menor* e enquanto um direito derivado, estritamente, do elo filial, seu reconhecimento

---

1150 Código Civil.
Art 1638. (...) Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

1151 Além dos crimes de estupro (art. 213, CP) e estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), também estão sujeitos à pena de reclusão os seguintes crimes contra a dignidade sexual, todos previstos no Código Penal: violação sexual mediante fraude (art. 215); importunação sexual (art. 215-A); corrupção de menores (art. 218); satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A); favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B); divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C); mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227); favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228); casa de prostituição (art. 229); rufianismo (art. 230); e, promoção de migração ilegal (art. 232-A);

dispensa qualquer análise do estado familiar do pai em relação à mãe, e vice-versa, ou de qualquer deles com terceiro.[1152]

A existência ou a inexistência de vínculo conjugal ou de companheirismo entre os pais, igualmente e concomitantemente titulares da guarda, interfere apenas na coordenação do *exercício* de tal direito – e dever. Afinal, no primeiro caso, um único ambiente de convivência cotidiano será comum a todos; no segundo, haverá pluralidade de núcleos convivenciais e certo fracionamento de tempo da companhia do filho.

A despeito desse raciocínio, a legislação nacional que disciplina o assunto confunde os intérpretes. O artigo 1.632 do Código Civil, por exemplo, ainda que bastante útil ao enunciar que o fim da família havida entre os pais não interfere no poder familiar, faz ressalva que planta o equívoco: "senão quanto ao direito, que aos primeiros [pais] cabe de terem em companhia os segundos [filhos]." Esse artigo como outros dispositivos normativos induzem a crer que a guarda está desatrelada do poder familiar – que continua intacto – sendo, na circunstância de pais separados, resumida a um deles em detrimento do outro. Daí advém a divisão conhecida – e falha – entre guarda unilateral e direito de convivência; e entre guarda unilateral e guarda compartilhada.

Resumidamente, guarda unilateral pode ser definida como o direito de apenas um dos pais ter o filho frequentemente consigo ao qual está atrelado o dever de lhe promover o desenvolvimento pleno. Paralelamente, ao pai a quem ela não foi concedida, é deixado o direito de convivência, isto é, a prerrogativa de ter contato com o menor em alguns momentos periódicos e de avaliar seu crescimento pessoal promovido pelo guardião, numa flagrante redução de influência na criação deste.

Já no que tange às guardas unilateral e compartilhada, a diferença estaria centrada na disposição dos papéis parentais. Enquanto a primeira corresponde ao quadro que se acabou de descrever – sobrecarga, de um lado, e inação, do outro –, a segunda é exercida ativamente por ambos os pais, não admitindo que qualquer deles se resuma ao mero acompanhamento por vistorias. É o que se extrai do §1° do artigo 1.583 do CC/02.

O sistema jurídico adota e organiza esses conceitos em desarmonia frontal ao conteúdo do poder familiar e a responsabilidade que dele advém para os pais. Assim porque, como já se esclareceu, a imputação da guarda unilateral promove, praticamente, a concentração do exercício da autoridade parental em um dos titulares, deixando o outro, com quem fica o direito de convivência, em ampla isenção. É previsto na própria lei que a guarda concentra no genitor a quem foi determinada os ônus de criação do menor, restando ao não-guardião a qualidade – nada interveniente – de mero visitante e fiscal das ações do primeiro em relação ao filho.[1153] Apenas para o contexto da guarda compartilhada é que se impõe "a

1152 Código Civil. Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

1153 Código Civil. Art. 1.583, § 5º. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas,

responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns."[1154]

Duas conclusões daí são resultantes. Primeira: a justaposição dos pais em situações ativa e passiva, na imputação da guarda unilateral e do direito de visita, não se coaduna com o pressuposto de serem ambos igualmente detentores do dever de promover a identidade pessoal da criança e do adolescente por meio de sua convivência com eles. Segunda: se por decorrência imediata do poder familiar é que devem o pai e a mãe terem contato com o filho para, numa postura efetivamente contributiva, auxiliar a constituição de sua personalidade, a denominada guarda compartilhada corresponde a uma redundância.

Reunidas essas duas conclusões, deduz-se que o instituto da guarda unilateral deveria ser suprimido do ordenamento jurídico porque é contrário à estrutura da autoridade parental. Mantida haveria de ser apenas a guarda compartilhada, porque dedução espontânea da compreensão correta do poder familiar e do que seu exercício exige dos pais, ainda que não reunidos numa única família com os filhos.

Nessa perspectiva, é tempo de as discussões jurídicas superarem a estéril análise sobre qual das modalidades de guarda é mais viável. É preciso pôr o foco na guarda compartilhada em si. Afinal, como único modelo adequado à estrutura nacional[1155] do poder familiar, carece, com urgência, da desconstrução de vícios de sua caracterização e da busca por melhores condições de efetividade, em atenção especial ao menor. É o que se começa a tentar fazer aqui.

Nas palavras de Paulo Lôbo, "a guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livre a ambos."[1156] Em superação ao modelo unilateral que, até 13 de junho de 2008,[1157] era exclusivo no sistema jurídico brasileiro, a guarda compartilhada não reduz a contribuição de qualquer dos pais a visitações circunstanciais e à função de mero supervisor da criação do filho. O mérito desse modelo de guarda é exatamente chamar ambos os pais ao contato com os menores e à respectiva interferência e colaboração

---

objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)
Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

1154 Código Civil. Art. 1.583, § 1º, 2ª parte.

1155 A propósito, vale conferir os seguintes estudos sobre a diferenciada estrutura do poder familiar nos ordenamentos jurídicos italiano e português, respectivamente: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 301-319; SOTTOMAYOR, Maria Clara. A introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 2, n. 8, p. 52-61, jan./mar. 2001.

1156 LÔBO, Paulo. *Direito civil: volume 5: Famílias.* 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*

1157 Essa é a data da publicação da Lei nº 11.698, que instituiu e disciplinou a guarda compartilhada por meio dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Posteriormente, referidos dispositivos tiveram suas redações alteradas pela Lei nº. 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

na tomada constante de decisões atinentes à formação dos seus filhos. Permita-se insistir que, em atenção ao poder familiar, nenhum dos pais pode ser juridicamente reduzido à figura de alguém que aparece de vez em quando, presenteia e leva para passear, ou de um simples crítico que aprova ou condena o que vem promovendo o outro progenitor. O cumprimento satisfatório da responsabilidade parental requer que a mãe e o pai realizem, em somatório, a promoção do crescimento pessoal do filho que têm em comum.

Para tanto, porém, a guarda compartilhada não gera a necessidade de o filho dividir-se entre as residências de seus pais, distribuindo-se em rotinas diversas no seu dia a dia. Esse é, talvez, o principal vício de compreensão do instituto.[1158]

Guarda compartilhada não se confunde com guarda alternada[1159] [1160]. Esta sim implica o fracionamento da companhia do menor em períodos pré-fixados entre as moradas da mãe e do pai e gera, ainda, a exclusividade temporária do

---

1158 "Como a guarda compartilhada encerra não só a custódia legal, mas também a custódia física do filho, a fixação do duplo domicílio é o corolário lógico. De todo desnecessário – e até inconveniente – o estabelecimento de uma base de moradia, o que acaba por alimentar o desequilíbrio nas relações parentais, que está mais do que na hora de acabar". (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 387-388).

1159 De acordo com Maria Berenice Dias, a legislação brasileira não consagrou a guarda alternada: "modalidade de guarda unilateral e monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período predeterminado, anual, semestral, mensal ou semanal." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 387-388).

1160 Promulgado em 07 de outubro de 2014, o Código Civil e Comercial Argentino (Ley Nº 26.994/2014. Código Civil y Comercial de la Nación) prevê o cuidado pessoal compartilhado em duas modalidades: o alternado e o indistinto. Na primeira modalidade, estabelece-se a alternância convivencial de acordo com a organização e possibilidades da família. Na modalidade indistinta, determina-se uma residência principal no domicílio de um dos pais, no entanto as decisões e as atribuições relativas ao cuidado com o filho são compartilhadas. A modalidade indistinta deve ser a primeira alternativa, nos termos da codificação argentina. Vejam-se os dispositivos:
*ARTICULO 650.- Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.*
Artigo 650. – Modalidades do cuidado pessoal compartilhado. O cuidado pessoal compartilhado pode ser alternado ou indistinto. No cuidado alternado, o filho passa períodos com cada um dos progenitores, de acordo com a organização e possibilidades da família. No indistinto, o filho reside de maneira principal no domicílio de um dos pais, mas ambos compartilham as decisões e se distribuem de modo equitativo as tarefas atinentes ao cuidado do filho.
*ARTICULO 651.- Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.*
Artigo 651. – Regras gerais. A pedido de um ou de ambos os pais, ou de ofício, o juiz deve conceder, como primeira alternativa, o cuidado compartilhado do filho na modalidade indistinta, salvo se não for possível ou se [a medida] resultar prejudicial para o filho.
(ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994/2014.* Sancionada: Octubre 1 de 2014. Promulgada: Octubre 7 de 2014. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26994-235975/actualizacion>. Acesso em 20 jun. 2020, tradução nossa)

poder familiar.[1161] Essa exclusividade, no entanto, faz parecer equivocada a divisão de guarda, que, afinal, é um atributo do poder familiar. Parece mais adequado compreender que a guarda seja sempre compartilhada, não obstante ser possível admitir alternância na convivência. Na guarda alternada, enquanto o filho reside com a mãe, só ela exerce as prerrogativas da autoridade parental, sem qualquer interferência do pai, que tem o exercício do mesmo direito suspenso. No caso recíproco, ou seja, durante o tempo em que o filho residir com o pai, é ele quem concretizará, sozinho, o poder familiar.

A guarda compartilhada, longe disso, corresponde à realização conjugada e, por isso, simultânea, do poder familiar pelos seus dois titulares – pai e mãe. E se é apresentada como alternativa para preservar a plena constituição pessoal da criança e do adolescente, sua concretização não pode contrariar esse escopo. Assim, a considerar que um referencial fixo possa ser importante na formação dos menores – conforme acusam alguns estudos específicos da temática[1162] –, eles poderão ser continuamente mantidos em uma residência, em um domicílio privilegiado, seja coincidente ao da mãe ou do pai, conforme o que melhor aconselharem as circunstâncias concretas do cotidiano infanto-juvenil. Alterado o pressuposto, porém; isto é, considerando que, em certo caso, tal referencial fixo não tem relevância, nada obsta fique, inclusive, a residência do menor multiplicada em espaços (domicílio da mãe e domicílio do pai) e fracionada em tempos (com alternância de morada exclusiva com os pais)[1163]. O que não se admite

1161 BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 3, n. 12, p. 27-39, jan./mar. 2002, p. 30.

1162 A esse respeito, vale conferir o seguinte estudo: MCKINNON, Rosemary; WALLERSTEIN, Judith. Joint custody and the preschool child. *In*: FOLBERG, Jay. *Joint Custody and shared parenting*. New York: Guilford Press, 1991, p. 153-166. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=WrrsV QWYPb8C &pg=PA153&lpg=PA153&dq=Joint+Custody+and+the+Preschooler+Child&source=bl&ots= I4 3RTgPrk0&sig=NMFF3yfEBbKD94sNUw6OpV3JccI&hl=pt-BR&ei=znc3Sv6rHYKMjAfcuPn2D Q&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1#PPR12,M1. Acesso em: 10 jun. 2009.

1163 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E FIXAÇÃO DE RESIDÊNCIA. Decisão agravada que indeferiu tutela de urgência. irresignação recursal do autor, pleiteando a reforma da decisão para que seja fixada, provisoriamente, a guarda compartilhada do filho e estabelecida a residência do adolescente a casa paterna. Consenso dos genitores no que diz respeito ao compartilhamento da guarda, bem como que a guarda do filho, de fato, já vem sendo compartilhada desde a separação do casal. Desnecessidade de pronunciamento judicial acerca da matéria nesta fase processual. Filho que residiu na casa de sua genitora, ou ao menos teve dupla residência, durante cerca de quatro anos, não constando nos autos nenhuma notícia de que neste período a criança sofreu com abusos ou maus tratos, deixou de frequentar a escola, ou ficou privada de exercer atividades esportivas e outras práticas de sua rotina. Verifica-se, ainda, que os genitores residem no mesmo bairro, razão pela qual não há que se falar que a locomoção entre uma residência e outra poderia prejudicar a rotina do menor. Ausência dos requisitos para a concessão da tutela de urgência antecipada (Art.300 do CPC), sendo certo que aguardar a realização da completa instrução probatória é a medida mais adequada para se atender ao princípio do melhor interesse do adolescente. Desprovimento do recurso. Agravo interno prejudicado (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 0037024-28.2021.8.19.0000.* Órgão julgador: Vigésima Câmara Cível, Relatora Desa. Maria da Glória Oliveira Bandeira de Melo, 23 set. 2021, Rio de Janeiro. TJRJ).

é a exclusividade de exercício da autoridade parental, nessas variáveis, como dito antes.

O que se propõe pela guarda compartilhada é manter uma convivência entre pais e filhos muito mais frequente e contributiva. Isso pode ocorrer por iniciativas corriqueiras, como acompanhá-los até a escola e lhes auxiliar na resolução das respectivas tarefas, participar dos eventos escolares e das reuniões pedagógicas, levá-los à natação, ao futebol, ao curso de línguas etc. Relevante é que os pais se façam presentes na vida dos filhos, integrando-se com eles e ensinando-lhes, por suas atitudes, como se deve, ou não, instituir a própria identidade.

Nesse sentido, há de se ter cautela na compreensão do artigo 1.584, § 3º, do Código Civil, cuja redação foi alterada pela Lei nº. 13.058/2014, que assim enuncia: "Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe." Os períodos de convivência a que faz menção a norma não devem ser entendidos como épocas de variação domiciliar do menor. Seu significado parece, ao revés, atrelado à definição das atribuições parentais, isto é: os períodos de convivência – e não de residência – do pai ou da mãe em relação ao filho serão proporcionais às providências concretas que ficarão a cargo de cada um deles. Lembre-se, uma vez mais, de que, muito além de uma divisão equânime do tempo de contato com o filho, a guarda compartilhada busca efetivar a coparticipação parental.[1164] O que ganha destaque é a qualidade do contato paterno e materno-filial. Isso explica, inclusive, a razão de o artigo de lei indicar ao magistrado a oitiva das recomendações de profissionais especializados para fixar, no caso concreto, a qual dos pais caberá qual das atividades envolvidas na criação cotidiana do menor.

Outro vício de compreensão da guarda compartilhada que precisa ser esclarecido atine à necessidade de acordo entre os pais para sua decretação.

Rolf Madaleno é claro ao defender que:

> (...) deve ser tido como indissociável pré-requisito da custódia compartida uma harmônica convivência dos genitores, tanto que, se não houver acordo entre mãe e pai quanto à guarda compartilhada do filho, sua partilha só deverá ser deferida quando for possível conciliá-la com os efetivos interesses da prole, a serem apurados em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar (CC, art. 1.584, § 3º).[1165]

---

1164 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 318. No mesmo sentido: MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

1165 Analisando a alteração promovida pela Lei nº 13.058/2014 na redação dos dispositivos do artigo 1584 do Código Civil, Rolf Madaleno salienta que: Embora a Lei n. 11.698/2008 viabilizasse a concessão judicial da guarda conjunta, em realidade, no sistema jurídico brasileiro ela não era modalidade aberta ao processo litigioso para disputa da companhia física dos filhos, pois pressupunha para sua implantação um ambiente de total compreensão, colaboração e coesão dos pais, razão pela qual dispunha o § 4° do artigo 1.584 do Código Civil, com a redação que lhe dera a Lei n. 11.698/2008, que qualquer desvio ou descumprimento não

Outros autores, por sua vez, como Ana Carolina Brochado Teixeira,[1166] Maria Berenice Dias[1167] e Paulo Lôbo,[1168] advogam que o consenso entre os pais não é requisito elementar à fixação da guarda compartilhada.

Não parece faltar razão a qualquer um desses quatro autores citados. É preciso apenas coordenar esses raciocínios que, embora a princípio pareçam contraditórios, não o são. Existem dois planos de análise que se deve observar: o jurídico e o fático.

No plano jurídico, o consenso entre pai e mãe não precisa existir para admissão e decretação da guarda compartilhada. Assim porque nenhum dos pais pode negar ao outro o exercício regular de seu direito. Lembre-se de que a guarda nada mais é que decorrência imediata da titularidade do poder familiar. Logo, se o poder familiar não tem por requisito o consenso parental, também a guarda o dispensa.

No plano fático, porém, é preciso reconhecer que um ambiente de discórdia e conflito entre os pais é realmente comprometedor da efetividade da guarda compartilhada, fadando-a a permanecer como situação teórico-jurídica sem correspondência concreta. A ausência de disposição para o auxílio mútuo é um fator realmente capaz de prejudicar a realização dessa guarda e a preservação do interesse da criança e do adolescente.

Assim, o que se pode concluir é que nenhum juiz deve deixar de aplicar a guarda compartilhada pelo fato de qualquer dos pais com ela não concordar. Isso equivaleria deixar o exercício dessa prerrogativa paterna e materna à mercê da vontade do outro progenitor, em flagrante preferência a sua titularidade e em flagrante prejuízo do maior interessado: o menor. Como já foi dito, aliás, a guarda compartilhada deve ser assumida como único modelo viável, em atenção à estrutura do poder familiar. Todavia, o estado de dissintonia mantido pelos pais, caso existente, não pode ser ignorado pelo magistrado, mas há de ser relevado e tratado. A mediação pode ser uma preciosa ferramenta neste mister de garantir efetividade à guarda compartilhada, posto lidar com a autonomia e a responsabilidade dos envolvidos

---

autorizado ou imotivado de cláusula de guarda compartilhada poderia implicar a redução das prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho, e esse dispositivo segue íntegro depois da edição da Lei n. 13.058/2014 que implementou o compartilhamento compulsório da guarda física dos filhos, pretendendo tornar exceção a guarda unilateral, quando, em realidade, a guarda compartilhada continua não sendo a regra geral de cega e indiscriminada aplicação, (...). (MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*).

1166 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 316.

1167 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 381.

1168 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

no conflito.[1169] Essa parece ser a interpretação mais razoável dos parágrafos 2º[1170] e 1º do artigo 1.584 do Código Civil, que preveem respectivamente: "Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor."; "Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas."

Indubitavelmente, a efetividade da guarda compartilhada é um dos maiores desafios. Afinal, além de ela perpassar, necessariamente, pelo trato dos pais entre si, envolve a coordenação da relação de cada um deles com o filho comum. O bom senso e o espírito de colaboração aparecem, nesse contexto, como condições elementares. O sucesso da medida depende de todos e de cada um dos sujeitos vinculados.

Como por vezes, porém, os pais encaram o filho como um troféu em disputa, a dinâmica da guarda compartilhada pode não funcionar muito bem. Nesse caso, algumas providências judiciais corretivas podem se fazer necessárias.

Quando a convivência de um dos pais com a criança ou o adolescente é ameaçada pela postura do outro, duas medidas jurisdicionais podem ser resolutivas. Se o caso for de resistência em regressar com o filho ao progenitor com quem este reside, pode ser cabível a busca e apreensão, já explicada. Se o caso for de comprometimento criado pelo pai residente contra a convivência do outro com o filho ou contra a realização das atribuições parentais deste, pode ele se valer da ação executiva de obrigação de fazer ou não fazer. Por essa ação, poderá ser imposta multa periódica – *astreinte* – ao pai infrator enquanto persistir com o obstáculo, a fim de que ele o suspenda.[1171]

Além disso, como as práticas citadas podem configurar alienação parental, a teor do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010, uma vez certificadas, podem gerar intervenção judicial repressiva e/ou resolutiva, em ação incidental ou autônoma, conforme relação prescrita no artigo 6º desta mesma Lei.[1172]

---

1169 Para mais esclarecimentos a respeito da mediação familiar, dirija-se o leitor ao Capítulo 18 desta obra.

1170 O parágrafo 2º do artigo 1.584 do Código Civil teve sua redação alterada pela Lei nº 13.058/2014.

1171 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 395-396.

1172 Lei nº 12.318/2010
Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.
Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
II - dificultar o exercício da autoridade parental;

A situação mais desafiadora, porém, é a da omissão paterna ou materna na realização do contato com o filho. É duvidosa a existência de providência judicial suficiente a sanar o impasse. Medidas impositivas de convivência parecem ser diametralmente opostas ao caráter sadio que o encontro deve envolver. A contribuição positiva que o contato paterno ou materno-filial pode trazer parece depender da sua realização espontânea, quista e buscada pelas pessoas relacionadas.[1173] Forçar sua ocorrência, portanto, pode violar o interesse do menor, razão pela qual é preciso ter muita cautela no tratamento da temática.

---

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.
(...)
Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:
I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
III - estipular multa ao alienador;
IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
VII – (revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.340, de 2022)
§ 1º Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 14.340, de 2022)
§ 2º O acompanhamento psicológico ou o biopsicossocial deve ser submetido a avaliações periódicas, com a emissão, pelo menos, de um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso e o indicativo da metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento. (Incluído pela Lei nº 14.340, de 2022)

1173 RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE GUARDA – PARCIAL PROCEDÊNCIA - PRETENDIDA GUARDA UNILATERAL PELO GENITOR – ESTUDO SOCIAL – RECONHECIMENTO DAS BOAS CONDIÇÕES E QUALIDADES DE AMBOS OS GENITORES – GUARDA COMPARTILHADA – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – RECURSO DESPROVIDO. “A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.” (STJ - REsp 1251000/MG). “A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.” (STJ - REsp 1251000/MG). Se, de acordo com o estudo psicossocial, constatou –se que ambos os pais nutrem carinho e preocupação pelo filho menor, a presença da figura paterna e materna tem importante papel na formação e desenvolvimento da criança, razão pela qual a guarda compartilhada revela-se a melhor opção para as partes.- (N.U 0019648-69.2014.8.11.0041, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO, MARILSEN ANDRADE ADDARIO, Segunda Câmara de Direito Privado, Julgado em 05/02/2020, Publicado no DJE 11/02/2020)

Por outro lado, eximir o pai faltoso de suas incumbências parentais, em função do descumprimento promovido, como prevê o § 4º do artigo 1.584 do Código Civil,[1174] também é decisão que carece de mais reflexões. Em princípio, mostra-se ou como prêmio à falta – já que se pode imaginar que a pretensão deste pai é realmente se isentar de responsabilidade quanto ao filho – ou, ainda que se possa considerar verdadeira pena ao faltoso, talvez sirva a punir uma vez mais a vítima, qual seja o infante.[1175]

A despeito de tantas tentativas para efetivar a guarda compartilhada, pode ser que a hipótese fática leve a crer o julgador que nenhum dos pais do menor tem capacidade para tanto. Diante dessa grave situação, o Código Civil já previu, no artigo 1.584, § 5º, a possibilidade de nomear-se terceiro, preferencialmente parentes, com quem o menor mantenha relação de afetividade. A prevalência há de sempre ser o bem-estar da criança ou do adolescente, em respeito à especial fase de desenvolvimento na qual se encontram.

Nesse caso, porém, não se trata de guarda parental, como também não são as hipóteses previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nessa legislação especial, a guarda equivale ou (i) à medida incidental para promover a convivência do menor com os componentes da família substituta, nos procedimentos de tutela e adoção; ou (ii) à regularização de situação de fato em que os cuidados de criação da criança ou do adolescente vêm sendo realizados por terceiros, não pais.[1176] Nota-se, portanto, que em qualquer destas situações a guarda não é resultado do exercício do poder familiar. Ao revés, nelas o exercício do poder familiar foi negligenciado ou sequer existe entre os envolvidos.[1177]

---

1174 "Art. 1.584, §4º: A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)"

1175 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 318.

1176 Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.
"Art. 33, [...]
§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.
§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.
§ 3º [...];
§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público."

1177 Na hipótese de adoção, ainda que o poder familiar possa emergir, caso ela se concretize, ao tempo em que a guarda foi concedida, ele não existia. Logo, como nas hipóteses de tutela e posse de fato, também na adoção a guarda antecipadamente decretada não é decorrente do poder familiar.

## 13.5 Alienação parental

Conforme se mencionou no tópico precedente, a guarda compartilhada – consequência própria do poder familiar – pode ter sua eficácia prejudicada pela relação conflituosa que eventualmente cultivem os pais entre si. Num ambiente em que a indisposição esteja instalada, a divisão da companhia do filho e a promoção conjunta de sua criação podem ser mesmo impraticáveis.

Ocorre que, a despeito de essa hipótese já ser grave, é muito comum vislumbrá-la numa variante ainda pior. Para além da resistência à colaboração, pode haver, por parte de um dos pais, a tentativa de desacreditar o outro perante o filho com o intuito deliberado de inviabilizar a relação parental deles. Muitas vezes isso ocorre como uma alternativa vingativa propositada em função do término da relação afetiva – familiar ou não – dantes estabelecida pelo casal genitor.[1178] Vale-se da criança ou do adolescente para, provocando nela sentimentos de recusa e aversão ao outro ascendente, aplicar a este uma penalização pelo vínculo amoroso desfeito.

Nomina-se alienação parental esse ato de programar o filho para que ele odeie o outro genitor. Noutras palavras, trata-se da conduta de desacreditar e desgastar, de maneira infundada, a imagem do pai ou da mãe a fim de provocar no filho a anulação da figura daquele ou daquela, o seu falecimento simbólico.

Essa ocorrência há tempos já é alvo de estudos da psicologia e da psiquiatria. A expressão *síndrome de alienação parental*, inclusive, tem por autor Richard Gardner,[1179] psiquiatra norte-americano estudioso da temática. O Direito, por sua vez, apenas recentemente assumiu o assunto como alvo de sua real preocupação.[1180]

---

1178 REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Evidenciado o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental. Apelo provido em parte. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70016276735, Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em 18/10/2006. Publicação: Diário da Justiça do dia 27/10/2006).

1179 Vale conferir sua obra clássica sobre o assunto: GARDNER, Richard A. *The parental alienation syndrome.* A guide for mental health and legal professionals. 2. ed. Cresskill, New Jersey: Creative Therapeutics, 1998.

1180 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - DISPUTA ENTRE AVÓS MATERNOS E GENITOR - AGRESSÕES PRATICADAS CONTRA O MENOR - ALEGAÇÕES INSUBSISTENTES - ATOS TÍPICOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL - CONSTATAÇÃO - MEDIDAS TENDENTES À OBSTAR A INSTALAÇÃO DA SÍNDROME - ARTIGO 6º DA LEI 12.318/10 - OBSERVÂNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MANUTENÇÃO - RECURSOS DESPROVIDOS. Demonstrada a insubsistência das agressões imputadas ao genitor que, contrariamente ao argumentado, reúne condições morais, psicológicas e financeiras para exercer a guarda do filho menor, deve ser mantida a sentença que julga procedente o pedido por ele formulado, rejeitando a pretensão de idêntica natureza apresentada pelos avós maternos. Caracterizados atos típicos de alienação parental, cumpre ao magistrado determinar a adoção de medidas necessárias para obstar a instalação da síndrome, na forma estabelecida no artigo 6º da Lei n. 12.318/10. Incabível a minoração dos honorários sucumbenciais fixados em patamar condizente com os critérios delineados pelo §3º, do artigo 20 do CPC. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº. 1.0395.11.000387-2/003*. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Afrânio Vilela. Julgado em 06/05/2014. Publicação:

Mais precisamente, somente a partir do ano de 2008 é que as discussões atinentes e as iniciativas à normatização e ao solucionamento jurídico do problema disseminaram-se no Brasil. Finalmente, em 26 de agosto de 2010, foi publicada a Lei nº 12.318, que dispõe sobre a alienação parental.

A dificuldade está centrada no fato de um dos titulares do poder familiar pretender negar ao outro o exercício desse mesmo direito e fazê-lo da maneira mais cruel possível, qual seja, pela negativa de relacionamento proveniente do próprio filho. Isso equivale a dizer que um dos genitores (ou qualquer pessoa que tenha o menor sob a sua autoridade, guarda ou vigilância) acaba por plantar na criança ou adolescente o mais intransponível de todos os obstáculos à relação e à convivência paterno ou materno-filial, qual seja a inexistência de espontaneidade afetiva, de propensão para criação de laços familiares referenciais. Suprime-se da pessoa em desenvolvimento – para quem é ainda mais cara a verificação de parâmetros – um dos mais valiosos auxílios para constituição de sua personalidade[1181].

O afastamento do ascendente gera no filho uma perigosa contradição de sentimentos. Ao mesmo tempo em que ele tem amor pelo pai ou mãe, acaba induzido, pela fala do genitor patológico, a detestá-lo. Assim, tudo que este último lhe diz é tido como verdadeiro e tudo o que o genitor alienado faz ou afirma é desconsiderado.

Esse quadro gera, ainda, conflitos de lealdade na criança ou no adolescente. Na exata medida em que a fala do alienador é apreendida, o filho se aproxima dele e passa a interiorizar a convicção de que querer a companhia do outro genitor é um ato de traição que, portanto, deve ser anulado. Com isso, o distanciamento pessoal deles vai se tornando cada vez maior.[1182]

Não bastasse, há casos em que o jogo de manipulações alcança até a criação de um fictício quadro de abuso sexual.[1183] Basta uma ocorrência vivenciada no período

---

19/05/2014).

1181 Incontestável é a gravidade da prática. Refletindo sobre as consequências da alienação parental, Luciana Maria Reis Moreira ressalta que a alienação parental importa a ideia de programação da criança ou adolescente, por meio de um processo perverso e vingativo de um genitor em desfavor do outro. Os transtornos afetivos são projetados na parentalidade, submetendo o menor a um poderoso processo, que se repete rotineira e repetidamente e traz drásticas consequências imediatas e futuras para o seu desenvolvimento psíquico e emocional. (MOREIRA, Luciana Maria Reis. *Alienação Parental*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015)

1182 DIAS, Maria Berenice. *Síndrome de alienação parental:* o que é isso? 2008. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=463. Acesso em: 01 ago. 2009.

1183 Apelações. Visitas de menor. Ação proposta pelo genitor em face da mãe, detentora da guarda unilateral. Parcial procedência. Inconformismo de ambas as partes. Estudos psicossociais e teste psicológico a demonstrar desvios da personalidade materna a influenciar o comportamento do menor, com perigo de instalação de síndrome de alienação parental. Falsa acusação de abuso sexual. Genitor que recebeu boa avaliação psicológica. Hipótese, porém, em que a criança, ainda em tenra idade, está muito apegada à mãe. Inversão da guarda desaconselhável neste momento. Ampliação do regime de visitas paternas para o fim de reforçar o vínculo com o filho. Sentença reformada neste ponto. Recurso do autor parcialmente provido, improvido o da ré. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 4000061-06.2013.8.26.0010*. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Julgado em 21/01/2014. Publicação: 24/04/2020).

de convivência e, por vezes, "o filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo [...]."[1184]

Negar, dessa forma, à criança e ao adolescente a efetivação de sua relação com o pai ou com a mãe é ferir o direito à convivência familiar[1185] e fazê-lo dessa maneira cruel é criar um problema para o qual os instrumentos jurídicos disponíveis se mostram extremamente falíveis. Na visão sensível de um pai que sofreu com tais circunstâncias:

> A certeza inicial, ingênua, de que o Poder Judiciário não permitiria, em abstrato, o uso de criança ou adolescente como arma em dissenso entre seus pais, foi aos poucos substituída pela convicção de que o Estado não está preparado ou aparelhado para lidar com esse grave problema, o da alienação parental.[1186]

Foi desse mesmo pai, um juiz do trabalho, cujas palavras foram transcritas, que surgiu a iniciativa de elaborar um anteprojeto de lei sobre o tema, fazendo-o circular publicamente para consideração de outros pais e mães, bem como de estudiosos. Dessa ação, por sua vez, após várias contribuições adaptativas, surgiu a Lei nº 12.318/10. Recentemente, já em 2022, ela sofreu atualizações, por meio da Lei nº 14.340/22.

Essa Lei tem por objetivos principais a própria divulgação do significado da alienação parental e a concessão de segurança aos magistrados na aplicação de medidas jurídicas para evitar ou remediar a sua ocorrência. Nessa feita, define a alienação parental, inclusive, pela previsão de situações em que ela normalmente se instala e mune o juiz de alternativas para interditá-la. Ao lado disso, há a expectativa de sua função pedagógica, ao fazer com que os pais se cientifiquem da importância que o Estado e o Direito dão ao tema e das eventuais sanções que poderão sofrer caso assim procedam.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 12.318/10, a alienação parental pode ser praticada por outras pessoas, além dos genitores. Admite-se também as hipóteses de os avós[1187] ou do terceiro detentor de autoridade sobre o menor – guardião, por exemplo – promovê-la.

---

1184 DIAS, Maria Berenice. *Síndrome de alienação parental:* o que é isso? 2008. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=463. Acesso em: 01 ago. 2009.

1185 Assim prevê, inclusive, o art. 3º da Lei nº 12.318/10: "Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda."

1186 PEREZ, Elízio Luís. Entrevista concedida ao IBDFAM. *Boletim,* n. 54. 12 mar 2009. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?boletim&artigo=229. Acesso em: 30 jul. 2009.

1187 APELAÇÃO CÍVEL. MÃE FALECIDA. GUARDA DISPUTADA PELO PAI E AVÓS MATERNOS. SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL DESENCADEADA PELOS AVÓS. DEFERIMENTO DA GUARDA AO PAI. 1. Não merece reparos a sentença que, após o falecimento da mãe, deferiu a guarda da criança ao pai, que demonstra reunir todas as condições necessárias para proporcionar a filha um ambiente familiar com amor e limites, necessários ao seu saudável

> Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.
> Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:
> I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
> II - dificultar o exercício da autoridade parental;
> III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
> IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
> V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
> VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
> VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Esse elenco de situações características de alienação parental tem uma função especial: permitir que o magistrado tenha segurança em imediatamente embargar essas ocorrências que, segundo a literatura especializada, são convincentes indícios de alienação parental. Assim, o juiz não precisa aguardar a avaliação pericial e arriscar a eficácia de sua decisão. Nos termos do art. 4º da Lei nº 12.318/10:

> Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.
> Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou ao adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida no fórum em que tramita a ação ou em entidades conveniadas com a Justiça, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas. (Redação dada pela Lei nº 14.340, de 2022)

As medidas a serem usadas para interditar a prática da alienação parental, também vêm previstas na Lei e se distribuem em ordem crescente

---

crescimento. 2. A tentativa de invalidar a figura paterna, geradora da síndrome de alienação parental, só milita em desfavor da criança e pode ensejar, caso persista, suspensão das visitas aos avós, a ser postulada em processo próprio. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70017390972. Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 13/06/2007. Publicação: Diário da Justiça do dia 19/06/2007).

proporcionalmente à gravidade que a situação demonstra. O magistrado tem a seu dispor desde estipular multa ao genitor ou ao terceiro alienador até a alteração da guarda ou a determinação da fixação do domicílio da criança ou do adolescente. [1188] A ideia central da legislação – em coerência a sua justificativa – é mesmo preferir fique a criança ou o adolescente sob os cuidados cotidianos do genitor que melhor viabilize a sua convivência com o outro ascendente e com os familiares deste.[1189]

Além disso, o Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 12.318/10, em seu artigo 10[1190], estabelecia uma sanção penal que, conforme as razões do veto[1191], foi considerada descabida diante dos mecanismos de punição já existentes.

A alienação parental é uma circunstância que denuncia o egoísmo e a irresponsabilidade dos pais e as terríveis consequências sofridas pelas crianças e pelos adolescentes que têm, no campo simbólico, um ascendente morto mesmo estando, na realidade, vivo. Por isso, é de se concluir que a Lei nº 12.318/10 representou um avanço no combate à prática da alienação parental. Contudo, o veto ao artigo 9º do Projeto que lhe deu origem merece ser criticado. O artigo 9º[1192] previa o uso da mediação. Eis as razões do veto:

---

1188 Art. 6º da Lei nº 12.318/10: " Art. 6º - Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:
I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
III - estipular multa ao alienador;
IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
VII – (revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.340, de 2022)
§ 1º Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 14.340, de 2022)
§ 2º O acompanhamento psicológico ou o biopsicossocial deve ser submetido a avaliações periódicas, com a emissão, pelo menos, de um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso e o indicativo da metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento. (Incluído pela Lei nº 14.340, de 2022)"

1189 Art. 7º da Lei nº 12.318/10: "Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada."

1190 "Art. 10. O art. 236 da Seção II do Capítulo I do Título VII da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:
'Art. 236. ...............................................................................
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem apresenta relato falso ao agente indicado no caput ou à autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor.' (NR)"

1191 "O Estatuto da Criança e do Adolescente já contempla mecanismos de punição suficientes para inibir os efeitos da alienação parental, como a inversão da guarda, multa e até mesmo a suspensão da autoridade parental. Assim, não se mostra necessária a inclusão de sanção de natureza penal, cujos efeitos poderão ser prejudiciais à criança ou ao adolescente, detentores dos direitos que se pretende assegurar com o projeto."

1192 "Art. 9º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do

> O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é indisponível, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Ademais, o dispositivo contraria a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que prevê a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para a proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável.

Discorda-se veementemente das razões desse veto. Dentro de uma perspectiva civil-constitucional, a mediação elucida o prestígio à manifestação da autonomia privada. Como se verá no Capítulo 18 desta obra, resolução de disputas por meio da mediação ou por outras formas alternativas de solução de conflitos pode ser mais condizente com a evolução do ser humano e com a sua necessidade de ser livre, sujeito de direitos, partícipe direto no processo de elaboração, interpretação e aplicação do Direito, enfim, responsável pelo seu próprio destino e o de seus semelhantes.

Assim, por meio da mediação as partes tornam-se os principais responsáveis por seus próprios destinos, no âmbito do conflito, passando de meramente sujeitos à posição de intérpretes, elaboradores e aplicadores do direito por eles construído. Isso é mais do que inclusão social, é uma inclusão à cidadania, compreendendo-se cidadania como a participação na vida política do Estado, na qualidade de sujeito de direitos e deveres legitimados.

A paz social não é simplesmente a ausência de conflitos, mas é o resultado de um processo que propicia o diálogo e a regulação dos conflitos num espírito de compreensão e de cooperação mútuas. A mediação tem esse objetivo[1193].

O argumento de que nas questões que envolvam direitos indisponíveis não cabe o uso da mediação não procede. Realmente, a doutrina clássica apregoa ser a autonomia privada a base principiológica dos direitos obrigacionais, por excelência; com aplicações muito restritas aos direitos pessoais e de família – limitando-se a questão aos direitos patrimoniais disponíveis. Contemporaneamente, contudo, desde que haja a fiscalização do Ministério Público e a homologação judicial, já se propugna, em abundância, pela aplicabilidade do princípio da autonomia privada às questões de direito de família.

---

Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.
§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.
§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental.
§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou o que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial."

1193 Também a favor da mediação na construção de soluções de conflitos, em especial nos casos de alienação parental, Luciana Maria Reis Moreira afirma: "sem dúvidas, a mediação familiar seria a forma mais eficaz, de caráter e efeito pedagógico, no tocante ao aspecto preventivo e até mesmo corretivo dos atos de alienação parental. (MOREIRA, Luciana Maria Reis. *Alienação parental*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p.94)

Não bastasse tudo isso, um pouco de cautela na análise da questão permite identificar outro importante fator a direcionar a conclusão no mesmo sentido. O vetado artigo 9º da Lei 12.318 previa a mediação como alternativa a facilitar a estipulação da *forma de exercício* do direito à convivência familiar dos pais e do filho. Significa dizer, então, que a titularidade do direito – e, pois, seu caráter indisponível – além de não ser objeto da mediação, tem nessa prática uma garantia de efetividade. O que a autonomia privada definirá será como o convívio paterno e materno-filial poderá ser executado em harmonia.

A reforçar o equívoco do veto, o CPC/15, nas ações de família (divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, convivência e filiação), instituiu a mediação obrigatória, consignando, ainda, que todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia.[1194]

A remediar parcialmente o quadro relatado, a Lei nº 14.340/22 inseriu na Lei nº 12.318/10 um novo dispositivo[1195], sendo imposto, a partir de então, que à criança ou ao adolescente, vítima suposta de alienação parental, seja assegurado o depoimento sem dano, diante da necessidade de sua oitiva.

## 13.6 Jurisprudência sumulada

**STJ – Súmula 383**: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda. Data da Decisão: 27/05/2009.

**STJ - Súmula 600:** Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima. Data da Decisão: 22/11/2017.

---

1194 CPC/15:
Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.
Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.
Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.
§ 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.
§ 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência.
§ 3º A citação será feita na pessoa do réu.
§ 4º Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos.
Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

1195 "Art. 8º-A. Sempre que necessário o depoimento ou a oitiva de crianças e de adolescentes em casos de alienação parental, eles serão realizados obrigatoriamente nos termos da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, sob pena de nulidade processual."

**STJ - Súmula 99**: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte. Data da Decisão: 14/04/1994.

## 13.7 Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 673 aprovado na IX Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.635: Na ação de destituição do poder familiar de criança ou adolescente que se encontre institucionalizada, promovida pelo Ministério Público, é recomendável que o juiz, a título de tutela antecipada, conceda a guarda provisória a quem esteja habilitado a adotá-lo, segundo o perfil eleito pelo candidato à adoção.

**Enunciado 672 aprovado na IX Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.589, parágrafo único: O direito de convivência familiar pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.

**Enunciado 671 aprovado na IX Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.583, §2º: A tenra idade da criança não impede a fixação de convivência equilibrada com ambos os pais.

**Enunciado 607 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1583 c/c 1694 c/c 1701. A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

**Enunciado 606 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1583, §2º. O tempo de convívio com os filhos "de forma equilibrada com a mãe e com o pai" deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um.

**Enunciado 605 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1583. A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência.

**Enunciado 604 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1583, §2º. A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2° do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.

**Enunciado 603 aprovado na VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1583, §2º. A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2˚do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.

**Enunciado 518 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.583 e 1.584. A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra aplica-se a qualquer modelo de família. **Atualizados os Enunciados n. 101 e 336 em razão de mudança legislativa, agora abrangidos por este enunciado.**

**Enunciado 512 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.517. O art. 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado.

**Enunciado 450 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 932, I. Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores é objetiva, e não por culpa presumida, ambos os genitores, no exercício do poder familiar, são, em regra, solidariamente responsáveis por tais atos, ainda que estejam separados, ressalvado o direito de regresso em caso de culpa exclusiva de um dos genitores.

**Enunciado 408 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 70 e 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Para efeitos de interpretação da expressão "domicílio" do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deve ser considerada, nas hipóteses de litígio internacional relativo à criança ou adolescente, a residência habitual destes, pois se trata de situação fática internacionalmente aceita e conhecida.

**Enunciado 344 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade.

**Enunciado 338 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A cláusula de não-tratamento conveniente para a perda da guarda dirige-se a todos os que integrem, de modo direto ou reflexo, as novas relações familiares.

**Enunciado 337 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** O fato de o pai ou a mãe constituírem nova união não repercute no direito de terem os filhos do

leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes.

**Enunciado 336 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.584. O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família.

**Enunciado 335 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.

**Enunciado 334 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse.

**Enunciado 138 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3o, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.

**Enunciado 112 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.630: em acordos celebrados antes do advento do novo Código, ainda que expressamente convencionado que os alimentos cessarão com a maioridade, o juiz deve ouvir os interessados, apreciar as circunstâncias do caso concreto e obedecer ao princípio *rebus sic stantibus*.

**Enunciado 102 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.584: a expressão “melhores condições” no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança.

**Enunciado 101 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

# 14 Tutela

## 14.1 Definição e diferenciações

A tutela é um instituto jurídico que serve a suprir a inexistência de quem exerça o poder familiar, provocada ou pela morte ou ausência dos pais, ou pela suspensão ou perda judicial desse *munus* enquanto ainda menor o filho. Neste sentido, pode-se dizer que a tutela consiste num recurso subsidiário ao poder familiar. Sua utilidade se apresenta, exatamente, onde carente for a autoridade parental.

Como já estudado, o poder familiar é titularizado pelos pais e visa a proteção e a promoção da criança e do adolescente, pessoas em especial fase de desenvolvimento. Sob esse propósito, diante de uma situação na qual pai e mãe não possam exercer tal encargo, não se pode deixar o menor juridicamente desacompanhado de alguém que zele por ele. Mesmo nas medidas sancionatórias de perda ou suspensão do poder familiar, a preservação do menor é o foco, e ela não se completa pela mera supressão dos pais, mas requer realização das suas principais funções por outrem. Nas hipóteses de falta real dos pais – morte ou ausência – então, essa necessidade se destaca ainda mais.

Não se trata, porém, de alteração subjetiva da autoridade parental. Essa é personalíssima, intransmissível e se restringe aos pais. Logo, quando estes não podem exercê-la, ela finda. E a tutela pressupõe isso: emerge do fim – provisório ou definitivo – do poder familiar e, embora com conteúdo e objetivos semelhantes, não lhe é equivalente. Neste sentido, não se pode concordar com Antônio Carlos Mathias Coltro para quem o tutor assume o poder familiar dos pais, em substituição a eles. [1196]

A diferenciação entre poder familiar e tutela explica muitas restrições e peculiaridades desta última. Atentamente analisados os institutos, percebe-se que sua distinção é mesmo nuclear: o vínculo filial que sedia o poder familiar não existe na tutela.

Em reflexo, a principal distinção dessas estruturas jurídicas se encontra na autonomia do seu exercício. Tem-na em maior amplitude os pais, no poder familiar, que o tutor, na tutela. Em favor dos pais há a presunção – ainda que relativa – de sempre agirem em benefício dos filhos. Por consequência, maior liberdade lhes confere a ordem jurídica para realização das competências voltadas à satisfação do pleno desenvolvimento pessoal dos filhos menores. Já quanto ao tutor, essa presunção não existe. Não havendo entre ele e o tutelado o elo de filiação, admite-se como sendo maior a probabilidade de a realização da incumbência jurídica contrariar – em vez de atender – os interesses infanto-juvenis. Com isso, sua

---

1196 COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da tutela. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo Pereira da. *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 297.

esfera de ação autônoma é menor e maior é a sujeição de seus atos ao controle e fiscalização judiciais.

Em última instância, poder familiar e tutela são realidades que se tangenciam, mas que não coincidem. Socorrendo-se dos esclarecimentos trazidos por Caio Mário da Silva Pereira, pode-se definir tutela como o encargo conferido a alguém para que dirija a pessoa e administre os bens de menores de idade não incidentes no poder familiar.[1197]

## 14.2 Causas da tutela

Conforme prescreve o artigo 1.728 do Código Civil, dever-se-á nomear tutor aos menores cujos pais falecerem ou forem declarados ausentes ou que tiverem decaído do poder familiar. Todas as hipóteses são de impossibilidade de exercício da autoridade parental. Ora porque os titulares não mais existem ou, ainda que possam existir, desconhece-se onde se encontram; ora porque estão proibidos de continuar a realizá-la – temporária ou definitivamente – por incompetência – suspeita ou comprovada.

Seja por qual motivo for, uma mesma regra vale para todos os casos de tutela: ela só será decretada se não houver nenhum dos pais que possa cumprir o poder familiar. Ao revés, se um deles for sobrevivente, não ausente, ou estiver em pleno exercício da autoridade parental, esse encargo vai se unificar nele, não havendo espaço para a tutela. As causas para nomeação de tutor hão de atingir ambos os pais, de forma a efetivamente inviabilizar a realização do poder familiar. Para Rolf Madaleno, a tutela é incompatível com o poder familiar.[1198]

A morte finda a personalidade civil e, com ela, ficam extintos direitos e encargos personalíssimos do falecido. Como a autoridade parental inclui-se nesse grupo, termina juntamente com os titulares, dando margem, então, à tutela.

Por sua vez, a ausência dos que desapareceram do seu domicílio sem deixar notícias ou mandatário, quando judicialmente declarada, não gera a extinção da personalidade civil. A despeito disso, provoca a mesma consequência do falecimento em matéria de poder familiar. Afinal, o filho deixado pelos ausentes não pode ficar à mercê do incerto retorno destes para só então ter garantidos seus direitos e orientada sua formação pessoal. Nesse contexto, também nasce a imprescindibilidade de nomeação do tutor.

Não sendo falecidos ou ausentes os pais, pode ainda assim haver lugar para a tutela, se eles decaírem do poder familiar. Isso pode acontecer quando se der a perda ou a suspensão judicial desse encargo derivado da filiação. Diante de uma realidade que seja suficiente a certificar ou que indique a suspeita de que os pais não são habilitados para bem exercer a autoridade parental, decisão judicial pode excluí-los definitivamente ou suspendê-los temporariamente da realização do

---

1197 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 443.

1198 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 689, *E-book*.

encargo. Em ambos os casos, faltará juridicamente quem salvaguarde os interesses do menor. Sem poder familiar realizável, emerge a necessidade da tutela.

Permita-se insistir, por fim, que, quando se afirma que a tutela pressupõe inexistência de quem possa exercer a autoridade parental, isso implica, naturalmente, a menoridade e a respectiva incapacidade civil do tutelado. Afinal, sua maioridade leva ao fim o poder familiar, tal qual sua emancipação. Nesses casos, portanto, a falta ou inaptidão dos pais não desencadeia a necessidade de nomeação de tutor porque já superado o período especial de constituição da personalidade. Apenas haverá espaço para tutela quando às causas acima explicadas somar-se a qualidade de menor incapaz do pupilo.[1199]

## 14.3 Espécies de tutela

A tutela será nominada testamentária, legítima ou dativa conforme a fonte da qual se extrai a nomeação do tutor e, pois, conforme a autoria da indicação. Resumidamente, é *testamentária* a que deriva de nomeação dos próprios pais da criança ou adolescente que se tornará tutelado, via testamento ou outro documento autêntico; é *legítima* a tutela que será exercida por parente do menor, cuja indicação é extraída diretamente da lei; é *dativa*, por fim, a que tiver por tutor pessoa não parente, definida pelo magistrado.

Há uma ordem de prioridade entre essas modalidades de tutela. A testamentária é preferida à legítima que, por sua vez, é preferida à dativa.

A testamentária sobressai a todas por aplicação da regra já citada segundo a qual se presume que os pais são quem têm condições mais aprimoradas para avaliar adequadamente a preservação do bem dos filhos. A segunda disposição preferencial das tutelas, por sua vez, explica-se pela presunção de que, entre os familiares e os não familiares, é melhor que os menores fiquem com os primeiros, dada a maior capacidade do ambiente familiar já estabelecido – e conhecido – para satisfatoriamente proteger e incentivar o seu desenvolvimento.

É preciso reconhecer, todavia, que essa organização se assenta em presunções de ordem relativa, refutáveis por comprovação inversa. Isso torna possível e mesmo aconselhável que a primazia concreta seja dada à tutela que realmente se mostre mais adequada a atender aos seus propósitos. O tutor nomeado deve ser o que melhores habilidades concentre para exercício do encargo, indiferente tenha sido nomeado pelos pais do menor – tutela testamentária –, pela lei – tutela legítima – ou pelo magistrado – tutela dativa –; indiferente seja parente ou não do menor (Artigo 37, Parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

O juiz deve percorrer essa direção de preferências, legalmente indicada, a fim de certificar a plausibilidade real das nomeações abstratas. Assim, seu convencimento não necessariamente precisa atender à hierarquia legal das tutelas, desde que a contrariedade dela se funde na garantia de cuidado do qual é merecedor

1199 Caso seja maior, mas relativamente incapaz, nos termos dos artigos 4º, incisos II, III e IV e 1.767 do CC/02, o instituto jurídico protetivo a aplicar-se será a curatela, tema do próximo capítulo. Para a tutela, é elementar que a incapacidade civil seja provocada pela menoridade.

aquele que se tornará pupilo. Na dúvida, porém, o respeito pela ordenação legal de prioridade impõe-se. Esse parece ser o raciocínio compatível com o princípio da proteção especial que há de reger as providências jurídicas voltadas às crianças e aos adolescentes.

### 14.3.1. Tutela testamentária

Como já estudado, no exercício do poder familiar, é concedido aos pais a prerrogativa de nomearem um tutor aos filhos para o caso de lhes faltarem quando ainda careçam do exercício desse mister. Sendo único o poder familiar – embora dois os titulares – a nomeação do tutor, em princípio, deve ser produto da comum intenção dos pais, como impõe o *caput* do artigo 1.729 do Código Civil: "O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto."

A partir dessa nova ordem civil, não mais gozam de tal competência também os avós paterno e materno, um na falta do outro e, ambos, na falta dos pais. A regra do Código Civil de 1916[1200] que assim admitia encontra-se revogada, por acerto de coerência promovido pelo diploma atual. Sendo a tutela testamentária consequência do exercício do poder familiar e sendo os pais os únicos titulares deste, efetivamente, não cabe conceder prerrogativa de nomeação de tutor aos ascendentes de segundo grau.[1201]

Para valerem-se dessa faculdade, é preciso que os pais indiquem sua vontade por escrito. A indicação da pessoa a quem gostariam que fosse a tutela decretada pode ser realizada de duas formas, a escolher. É admissível, por lei, optar entre o testamento ou outro documento autêntico.[1202]

Qualquer das espécies de testamento serve à indicação do tutor, sendo indiferente se ela vem, ou não, conjugada com outras definições, como as de ordem patrimonial, por exemplo. Não é necessário formular um testamento exclusivo para a tutela.[1203] Ela pode vir expressa até mesmo no codicilo, que é um instrumento reservado às disposições *post mortem* mais simples[1204], o qual, apesar de não ser considerado testamento, enquadra-se no conceito de documento autêntico.

A invalidade do testamento confeccionado poderá afetar a nomeação do tutor se o motivo que a determina relacionar-se à emissão da vontade em si, o que pode

1200 Código Civil de 1916.
"Art. 407. O direito de nomear tutor compete ao pai, à mãe, ao avô paterno e ao materno. Cada uma destas pessoas o exercerá no caso de falta ou incapacidade das que lhes antecederem na ordem aqui estabelecida."

1201 Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, mesmo no contexto do diploma civil revogado, essa norma era um "romanismo sem resultado prático." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 444).

1202 Esse é o teor do parágrafo único do artigo 1.729 do Código Civil.

1203 LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

1204 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 904; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 444.

tornar vulnerável a constituição tutelar. Razões de ordem puramente formal, por sua vez, que em nada comprometam a certeza da declaração volitiva, não ofenderão a tutela indicada.

A despeito dessas facilidades, se preferirem, os pais podem renegar a via testamentária e usar outro documento autêntico, entendendo-se como tal qualquer instrumento, público ou particular, do qual se possa certificar a autoria e a veracidade da declaração.[1205] Diferentemente dos testamentos que concentram formalidades intrínsecas, o nominado documento autêntico as dispensa, sendo suficientemente válido se capaz de permitir a comprovação de que foi formulado pelos pais e de que a indicação equivale ao verdadeiro desejo deles.

A escolha de uma dessas formas interfere no atendimento da exigência legal de ser a nomeação do tutor conjunta. Isso porque é vedado, pelo sistema jurídico, o chamado testamento conjuntivo, conjunto ou de mão comum.[1206] O instrumento testamentário há de ser individual porque é personalíssimo. Por consequência, vários doutrinadores[1207] sublinham que, se essa for a opção eleita pelos pais, cada um deles deverá formular seu próprio testamento. Ocorre que, dessa maneira, além de ser inevitável que a indicação se dê singularmente, as vontades parentais poderão coincidir, ou não; serem comuns ou dúplices. Não há como assegurar que serão equivalentes.

A nomeação propriamente conjunta somente é possível garantir se escolhida a via não testamentária, isto é, outro documento autêntico. Apenas esse instrumento aceita sejam seus signatários ambos os pais e, portanto, tão somente por seu intermédio é que se mostra realizável uma única indicação de tutor, verdadeiramente compartilhada.

Toda essa discussão, porém, guarda mínima importância prática, além de demonstrar confusão de conceitos teóricos. Considerando que a tutela tem espaço apenas quando faltarem pai e mãe, a necessidade de a indicação do tutor ser conjunta, em respeito à dupla titularidade do poder familiar, só parece fazer sentido para a hipótese de a morte atingir os dois num mesmo momento. Afinal, se qualquer deles sobrevive, a autoridade parental nele se concentra e, a partir de então, torna-se o único legitimado a nomear um tutor ao filho menor. Desaparece, nesse caso, a utilidade da nomeação do pré-morto, tornando-se irrelevante a concordância, ou não, do supérstite. Mesmo que este último estivesse de comum acordo com o

---

1205 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 904; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* volume 6:direito de família. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 6. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*; LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1262, *E-book.*

1206 Código Civil.
"Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo."

1207 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 904; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 6. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1263, *E-book.*; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 445.

falecido ao tempo da indicação do tutor, e mesmo ao tempo da morte dele, poderá alterar a nomeação quantas vezes desejar até que advenha a própria morte. O pai ou a mãe em quem a autoridade parental se unificar não está vinculado à indicação precedente, ainda que ela seja fruto de consenso formulado com o ascendente finado.

Ademais, a duplicidade de tutelas testamentárias diversas, por sua vez, não parece oferecer dificuldades nem mesmo no caso de os pais falecerem juntos. Afinal, como já dito, a nomeação perfaz-se somente após ser avaliada judicialmente.[1208] É o magistrado quem selecionará aquela que lhe parecer melhor atender às funções tutelares e aos interesses do pupilo. Caso existam várias ou apenas uma indicação do tutor, não há garantia de que a vontade parental, compartilhada ou individual, será efetivada.[1209] O crivo jurisdicional é que se apresenta determinante e ele ocorrerá em todo caso, não apenas quando os pais discordarem entre si.[1210]

Em última instância, o único proveito que se vislumbra da norma legal que impõe seja a tutela testamentária conjuntamente criada pelos pais, é o fato de ela sublinhar que a vontade paterna não sobressai à materna e que esta não tem lugar apenas na falta da primeira, como previa o diploma civil anterior. É dessa maneira que o artigo 1.729 deve ser interpretado.

Finalmente, o ato de nomeação tem sua validade subordinada à titularidade do poder familiar do autor,[1211] ao tempo de sua morte, e sua eficácia subordinada ao advento desse fato futuro e certo.

Se faleceu destituído da autoridade parental, afasta-se do pai ou da mãe a presunção de bem avaliarem o interesse dos filhos, razão pela qual a tutela testamentária que formulou não produzirá efeitos. O momento analisado é o da morte exatamente porque é com ele que a indicação pode começar a gerar efeito. Afinal, é essa ocorrência superveniente que, conjugada à não sobrevivência do outro pai, inviabiliza a manutenção do exercício da autoridade parental e faz surgir a necessidade da tutela.

---

1208 Em sentido inverso: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, p. 445.

1209 Lei nº 8.069/90. "Art. 37. O tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, deverá, no prazo de 30 (trinta) dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato, observando o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei. Parágrafo único. Na apreciação do pedido, serão observados os requisitos previstos nos arts. 28 e 29 desta Lei, somente sendo deferida a tutela à pessoa indicada na disposição de última vontade, se restar comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la." (grifo nosso)

1210 Lembre-se, ainda, de que a nomeação do tutor é uma *faculdade* concedida aos pais; não uma obrigação. Desta maneira, é preciso reconhecer que qualquer um deles pode escolher não a realizar e que esse silêncio pode até significar eleição da ordem nominal da tutela legítima (modalidade a ser observada na inexistência da testamentária).

1211 Código Civil.
"Art. 1.730. É nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar."

## 14.3.2. Tutela legítima

Caso os pais não se tenham valido da prerrogativa da tutela testamentária, ou, ainda que a tenham formulado, se ela for inválida ou judicialmente crida inconveniente, passa-se a perquirir a pessoa do tutor dentre os parentes do menor. Em favor dos parentes há a crença de que exercerão uma tutela de boa qualidade, facilitada pela relação familiar que já os une ao tutelado. Nesse contexto, em vez de a tutela oferecer um ambiente convivencial totalmente novo ao infante, exigindo do mesmo dispendiosa adaptação, ela se fundará na manutenção dos vínculos previamente estabelecidos por ele, sem o sujeitar aos riscos da solução de continuidade.

Nos moldes do artigo 1.731 do Código Civil, na falta de tutor nomeado pelos pais, a tutela caberá aos ascendentes ou aos colaterais *consanguíneos* do órfão, nessa ordem.

É flagrante a imperfeição da norma. Dada a variedade de fontes que o parentesco admite e dada a igualdade de todas elas, não se pode resumir a competência para o exercício da tutela aos parentes genéticos da criança ou do adolescente. É preciso reconhecer que são igualmente aptos a exercê-la os parentes socioafetivos e jurídicos[1212].

A propósito, retomada a diferenciação de parentes (espécie) e familiares (gênero), talvez seja mesmo defensável que, em princípio, a tutela legítima abranja o gênero. De fato, a justificativa dessa espécie de tutela, qual seja a preexistência do elo familiar entre os envolvidos, é verificável tanto em relação aos parentes propriamente ditos quanto em relação aos afins. Parece adequado, então, entender que todos têm, em princípio, habilidade abstrata para realização do encargo.

Analisados os familiares, em geral, dentre os ascendentes – de segundo grau em diante –, bem como dentre os colaterais – entre o segundo e o terceiro grau –, preferir-se-ão os mais próximos aos mais remotos, em atenção à maior afetividade que provavelmente mantêm com o menor. Na colateralidade, a lei ainda prevê serem preferidos os mais velhos aos mais moços, sob a ideia de maior maturidade daqueles em relação a estes, capaz de assegurar o exercício prudente do encargo.[1213] Seja de que forma for, nesse caso, vem da própria prescrição legal a ressalva de

---

1212 Nesse sentido, Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira defendem que deve ser ampla a interpretação do artigo 1.731 do Código Civil, "a fim de se perquirir entre todos os parentes do menor – consanguíneos, socioafetivos, adotivos, etc. – ou, até mesmo, entre terceiros que têm relações de afinidade e afetividade com a criança ou adolescente, quem melhor tem condições de realizar seus interesses e de cuidar de seu desenvolvimento." TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos de Direito Civil:* Direito de Família. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book.*

1213 Código Civil.
"Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:
I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;
II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor."

que deve o juiz escolher, a despeito dessas regras de primazia, aquele que melhores condições apresente para bem realizar a tutela.[1214] A concretização da medida deve perpassar pela análise da real competência para exercício do *munus* de tutor.

## 14.3.3. Tutela dativa

Inexistente ou falha a tutela testamentária e prejudicada a tutela legítima, resta ao magistrado a alternativa de nomear outra pessoa, não familiar, como tutor à criança ou ao adolescente. Para tanto, com muito mais rigor devem ser avaliadas as prováveis nomeações. A hipótese de tutela dativa surge exatamente porque temerária ou ausente qualquer presunção de habilidade pessoal, posto não haver indicação parental viável nem vínculo familiar do menor suficiente a fundamentar a decretação do tutor.

Por essa relativa fragilidade, o artigo 1.732 do Código Civil impõe à tutela dativa requisito dispensado nas demais espécies. Para ser tutor, nesse caso, é preciso ser residente no mesmo domicílio do menor. Na explicação dada por Rolf Madaleno, a exigência é uma forma de melhor assegurar a adaptação do pupilo:

> A identidade de domicílios não é requisito essencial na tutela legítima da nomeação de parente consanguíneo, porque a manutenção do tutelando no seu círculo familiar compensa a eventual mudança de seu domicílio, enquanto na tutela dativa, ficando o menor sob a tutela de pessoa estranha à família, ao menos a sua dor será minorada se permanecer no seu *habitat* de origem.[1215]

Mesmo que o tutor dativo seja, em princípio, pessoa estranha ao menor, sendo possível, devem-se evitar nomeações que sugiram dificuldades na aproximação pessoal. Afinal, o distanciamento entre pupilo e tutor é nuclearmente prejudicial ao bom desenvolvimento da tutela e, como consectário lógico, à adequada proteção e promoção da personalidade infanto-juvenil. Por esse motivo, nos casos de tutela dativa, a decisão judicial deve, com muito mais razão, ser precedida de estudos e análises interdisciplinares, realizados por profissionais especializados, como psicólogos e assistentes sociais.

Também se inclui na modalidade dativa a tutela destinada às crianças e aos adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar. Neste caso, outra solução dada pelo

---

1214 Entendendo da mesma forma: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 905; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: volume 6: direito de família. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1264, *E-book.*

1215 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1265, *E-book.*

artigo 1.734 do Código Civil é a inclusão em programa de colocação familiar, na forma prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente[1216] [1217]

## 14.4. Impedimentos e escusas à nomeação de tutor

*A priori*, desde que civilmente capaz, qualquer pessoa pode exercer a tutela de um menor. Também *a priori*, ninguém pode escapar da nomeação uma vez realizada, já que a tutela corresponde a um *munus* público.

Contrariando esses parâmetros apriorísticos, o próprio sistema jurídico estabelece critérios que podem retirar de alguém a legitimação para ser tutor ou a obrigatoriedade de aceitar sua indicação. Esses critérios correspondem aos impedimentos e às escusas, respectivamente.

A principal diferença entre eles é que, enquanto os impedimentos proíbem a decretação e o exercício da tutela pela pessoa sobre a qual recaem, as escusas podem isentá-las, caso sejam invocadas.

As escusas são benefícios postos à disposição de certas pessoas para que, querendo, safem-se do encargo tutelar. Elas não obstam o exercício da tutela, já que o nomeado tutor pode, simplesmente, não as invocar. As escusas dão ao sujeito a alternativa de não aceitar, que pode ser eleita, ou não.

Os impedimentos, por sua vez, inviabilizam a decretação da tutela ainda que o tutor a deseje exercer. Sua vontade é estéril diante desse obstáculo legal. Os impedimentos são restrições intransponíveis de tal maneira que, se verificados mesmo após a nomeação do tutor, impõem ao magistrado sua exoneração.

Nos moldes do artigo 1.735 do Código Civil, são impedidos de exercerem tutela:

*(i) aqueles que não tiverem a livre administração dos seus bens; os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes; as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores.*

Haja vista que a tutela gera o ônus de gerência do patrimônio do tutelado, o tutor deve ter aptidão para tanto. Assim, como é dedutível que quem não sabe cuidar dos próprios bens não tem habilidade para administrar bens alheios, está impedido de exercer tutela.

De maneira idêntica, em princípio, soa arriscado demais recomendar o cuidado de uma criança ou adolescente a alguém que tenha cometido ilícito penal

1216 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 905; TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito de família – v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 778.

1217 Referindo-se à antiga redação do artigo 1.734 do Código Civil, que tratava como menores abandonados as crianças e adolescentes em situação de risco, era taxativo o pronunciamento de Caio Mário da Silva Pereira: "não mais se justifica a existência desta norma legal, considerando a estrutura legal de prevenção e proteção prevista na Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)." A Lei n. 12.010, de 2009, promoveu alterações na redação do referido dispositivo para alinhá-lo às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 448).

contra o patrimônio, a família ou os costumes[1218], ou que já tenha abusado de outras tutelas deixadas a seu cargo. Isso seria admitir que a tutela fosse usada como instrumento de afronta, não de proteção aos direitos do infante.

Importante ressaltar que, por ocasião da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em abril de 2018, foi aprovado o Enunciado nº. 636, cujo teor admite a mitigação do impedimento relacionado aos condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, contido no inciso IV do artigo 1735 do Código Civil, para atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.[1219]

*(ii) aqueles que tiverem direitos ou obrigações em relação ao menor, no ato de sua nomeação, ou que tiverem filhos, pais, cônjuge ou companheiro que demandem contra este.*

Provavelmente não terá sucesso a tutela que reunir ao tutelado alguém que com ele tenha interesses em conflito. Afinal, na defesa dos seus direitos ou dos direitos de algum familiar seu, o tutor pode contrariar a salvaguarda dos interesses do menor. A tutela seria, pois, não um recurso de defesa, mas de prejuízo e ofensa à criança ou adolescente.

Nesse sentido, é preciso interpretar cuidadosamente o artigo 1.751[1220] da Lei Civil. Quando essa norma enuncia que o tutor será apenado com a impossibilidade de cobrança, caso não tenha declarado, antes de assumir a tutela, o crédito que possuía contra o menor, isso não significa que ele tem direito a permanecer exercendo o encargo. Melhor explicando, se o tutor for investido na tutela sem noticiar ao juiz seus direitos contra o menor, para além de ficar suspenso seu direito de exigir o crédito, pode ele ser destituído da função, caso descoberto esse conflito

---

1218 Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho chamam à atenção para a cautela necessária ao julgador ao se deparar com a situação descrita no inciso IV do artigo 1735, que prescreve o impedimento quanto ao exercício da tutela para os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena. Segundo os autores, "o inciso IV [do art. 1.735 do CC/02] é de constitucionalidade duvidosa, pois parte do pressuposto de que alguém que tenha cometido um delito vá necessariamente cometer novamente. Agrava também a referência de que, ainda que já tenha cumprido pena, permanecerá sujeito a esse impedimento. É o tipo de norma que, em nosso sentir, exige redobrada cautela do julgador em sua aplicação." (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil,* volume 6: direito de família. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.)

1219 A aprovação do Enunciado 636 se deu sob a seguinte justificativa: "A intenção do legislador de proteger criança e adolescente de um eventual tutor inepto para o cuidado de sua pessoa e dos seus bens gerou um texto de lei que flagrantemente ultrapassa a razoabilidade no sistema jurídico brasileiro, em choque com normas constitucionais e infraconstitucionais. Nota-se no texto a desconsideração do direito ao esquecimento daquele que, em débito com a lei criminal, tenha cumprido sua pena. Ao mesmo tempo, o texto não deixa claro que a aplicação deve se fazer conforme à verificação da gravidade do crime cometido". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Revista das jornadas do CJF*: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios / Superior Tribunal de Justiça, [Gabinete do Ministro Diretor da Revista], Conselho da Justiça Federal. -- Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevJorCJF/author/proofGalleyFile/3769/3889. Acesso em: 19 jun. 2020.)

1220 Art. 1.751. Antes de assumir a tutela, o tutor declarará tudo o que o menor lhe deva, sob pena de não lhe poder cobrar, enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito quando a assumiu.

de interesses. No entanto, se comprovar que desconhecia sua qualidade de credor, quando assumiu a tutela, ao tutor poderá ser permitido tanto receber, na pendência desta, quanto continuar a realizá-la.

*(iii) os inimigos do menor ou de seus pais ou aqueles que tiverem sido excluídos da tutela por estes últimos.*

A indisposição prévia, as antipatias já havidas entre o possível tutor e o tutelado ou entre aquele e os pais deste pode tornar suspeita a viabilidade da nomeação e o êxito da tutela. Este talvez seja um risco que não se deve assumir principalmente porque, pela natureza do confronto, ele pode gerar ofensas, sobretudo, não patrimoniais. Se os pais do menor ainda foram cautelosos a ponto de prever em testamento ou outro documento autêntico a exclusão de dada pessoa para a realização tutelar, com mais fundamento deve o juiz vedar a respectiva decretação.

Rolf Madaleno lembra, porém, uma situação curiosa que pode aparecer ordinariamente e que deve ser avaliada prudentemente. Segundo ele, a caracterização de hostilidade em relação aos pais do pupilo não pode afetar a nomeação do ascendente afim de primeiro grau – padrasto ou madrasta – quando não for suficiente a prejudicar a tutela. A situação fática pode realmente demonstrar que entre a mãe e a companheira ou esposa do pai, ou entre o pai e o companheiro ou marido da mãe havia relação de animosidade. No entanto, nem sempre isso interfere no vínculo familiar de afinidade: "a inimizade pode perfeitamente não ser de molde a atingir a pessoa do tutelando, que conviveu com o parente afim."[1221] Nesse caso, a recomendação acerca da decretação deste como tutor pode ser positiva.

*(iv) aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.*

Essa é uma hipótese de impedimento que se pode qualificar por condicional e carecedora de uma elementar apreciação casuística. De fato, nem todos os que exercem função pública estão proibidos de exercer tutela porque há incompatibilidade de seu trabalho com esse mister. A regra é a seguinte: *se* a atividade laboral pública da pessoa que se pretende nomear tutor apresentar-se, *faticamente*, inconciliável com a preservação e a promoção do tutelado, é vedada a decretação da tutela em seu nome. "Só se puder haver efetiva razão de prejuízo à tutela, seja em relação ao pupilo, seja em relação a seus bens e assim o considerar o juiz, estarão os que tenham função pública impedidos de ser tutores."[1222]

As escusas, por sua vez, vêm previstas no artigo 1.736 do Código Civil. Vale sublinhar que, em atenção à ideia de que a tutela é um *munus* público que não se pode recusar, essa relação de causas escusativas, em princípio, comportaria interpretação restritiva. Todavia, admitindo ser extremamente inconveniente atribuir o encargo a alguém contra sua vontade, talvez seja aceitável que a decisão

1221 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

1222 COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da tutela e da curatela. *In*: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, Mandamentos, 2008, p. 358. No mesmo sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 6. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

judicial possa conceder dispensa em outras circunstâncias não elencadas no dispositivo.[1223] A especial proteção do menor não pode ser esquecida.

Todo nomeado pode invocar a escusa existente,[1224] caso queira, desde que o faça no prazo legal de cinco dias,[1225][1226] a contar da intimação para prestar o compromisso ou do advento da causa, se superveniente ao início da tutela. Expirado o prazo, configura-se a renúncia ao direito de escusa.[1227]

Tal faculdade é exercitável em toda espécie de tutela, testamentária, legítima ou dativa. Aos não familiares, para além dos motivos gerais, há mais um alegável para obter a isenção do encargo, qual seja a existência de familiares habilitados a exercê-lo. Pelas razões explicadas anteriormente, prefere-se manter o infante sob os cuidados daquele com quem já mantinha convivência familiar, antes de surgida a necessidade da tutela.

Podem escusar-se da tutela, de acordo com a lei:

*(i) mulheres casadas.*

Essa é uma causa de escusa que, indevidamente, resistiu de contextos normativos superados. Remonta-se, a partir dela, ao tempo em que o casamento gerava à mulher incapacidade civil, carecendo da concordância marital para realização de vários atos, dentre eles, a aceitação de tutela.[1228] Ademais, pressupõe

---

1223 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 907; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

1224 A esse respeito, a doutrina parece desordenada. Paulo Lôbo, por exemplo, chega a afirmar que "o direito de escusa é conferido <u>à pessoa que, em razão dos laços de parentesco</u>, deveria assumir a nomeação da tutela [...]." (LÔBO, Paulo. *Direito civil: volume 5: Famílias.* 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*, grifo nosso). Maria Berenice Dias, por outro lado, assegura que "<u>os parentes não podem escusar-se do encargo</u>, a não ser que haja algum outro parente em condições de exercer a tutela. Mas <u>quem não for parente do órfão, em princípio, só poderá declinar da indicação por um dos motivos nominados</u>." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 907, grifo nosso)

1225 Esse é o prazo trazido pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 760, em oposição aos dez dias previstos no artigo 1.738 do Código Civil. Tem-se por vigente o limite de cinco dias por aplicação da regra de intertemporalidade segundo a qual lei posterior revoga a anterior no que com esta for incompatível.

1226 Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, com base na proteção do melhor interesse infanto-juvenil, consideram tratar-se de prazo impróprio. Em suas palavras: "(...) entendemos possível ao magistrado, mesmo depois da fluência do referido prazo, considerar motivos justificáveis a admitir a escusa. Tratar-se-ia, pois, de um *prazo impróprio,* na salvaguardo do melhor interesse infanto-juvenil. É que não parece conveniente forçar alguém a exercer, contra a sua vontade, a tutela, se implicar em prejuízo à criança ou adolescente. Ademais, o motivo gerador da escusa, de certo modo, gera o esvaziamento das condições ideais de exercício da tutela. Com isso, o princípio da *proteção integral* autoriza a admissibilidade do motivo, mesmo fora do prazo." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias.* 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 930).

1227 Código de Processo Civil.
"Art. 760. [...] § 1º Não sendo requerida a escusa no prazo estabelecido neste artigo, considerar-se-á renunciado o direito de alegá-la."

1228 Código Civil de 1916.
"Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido:
V – Aceitar tutela, curatela ou outro munus público."

uma realidade social e matrimonial desatualizada na qual as mulheres resumiam seus afazeres ao ambiente do lar e não poderiam, de forma alguma, comprometê-los pela responsabilidade da tutela. Destarte, não se vislumbra, hoje, qualquer fundamento para validade de tal motivo escusatório.[1229]

A despeito disso, porque previsto legalmente, não se pode negar a possibilidade de sua alegação, em função do que precisa, ao menos, ser sistematicamente interpretado. Dada a igualdade constitucional entre homens e mulheres e entre a família matrimonial e a união estável, é preciso alargar a significação dessa escusa. Se é que as mulheres casadas, simplesmente por essa qualificação, têm o direito de recusar-se a serem tutoras, também assim as mulheres em companheirismo e os homens casados ou que vivam em união estável.

*(ii) maiores de sessenta anos.*

Às pessoas idosas se concede o direito de se isentar do encargo da tutela por se considerar estarem numa fase de vida em que, querendo, podem gozar do descanso e do sossego, sem qualquer excesso de responsabilidade.

Esse parece um raciocínio razoável, sobretudo porque não se trata de impedimento para ser tutor, mas alternativa ao não exercício desse mister, caso isso interesse à pessoa idosa. Não se vislumbra, nesse sentido, qualquer traço discriminatório na norma.[1230]

Tratamento desigual indevido talvez seja verificável em algumas pressuposições que a partir dela se fazem, como entender que o obstáculo à tutela é o pouco tempo de vida que resta à pessoa idosa,[1231] ou que ele não concentra de disposição física, psicológica e emocional para bom desenvolvimento do encargo.[1232] Avaliações como essas podem até ser verdadeiras, diante de uma hipótese concreta. Abstrata e aprioristicamente é temerário fazê-las, em função do que não se pensa ser este o sentido jurídico da escusa que têm os maiores de sessenta anos em seu favor.

---

1229 Registre-se que, na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF, ocorrida em setembro de 2002, foi proposta, por meio do Enunciado nº. 136, a revogação do inciso I do artigo 1.736 do Código Civil, reiterando a fundamentação de que "não há qualquer justificativa de ordem legal a legitimar que mulheres casadas, apenas por essa condição, possam se escusar da tutela".
(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Revista das jornadas do CJF*: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios / Superior Tribunal de Justiça, [Gabinete do Ministro Diretor da Revista], Conselho da Justiça Federal. -- Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevJorCJF/author/proofGalleyFile/3769/3889. Acesso em: 19 jun. 2020.)

1230 Para Flávio Tartuce, porém, sobre essa hipótese de escusa, "(...) há que se discutir se a norma é ou não discriminatória, assim como acontece com o artigo 1.641, inciso II, do CC/02, que continua a discriminar o idoso, impondo-lhe o regime da separação obrigatória de bens, agora com 70 anos de idade."(TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito de família. v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 779).

1231 COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da tutela e da curatela. *In*: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, Mandamentos, 2008, p. 359.

1232 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

*(iii) aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos; ou que já exercem tutela ou curatela.*

Ainda que a tutela seja um *munus* público, não pode servir a trazer elevados sacrifícios ao tutor, sob pena de inviabilizar a pretendida proteção infanto-juvenil. Em função desse pensamento, entende-se excessivo decretar tutor alguém que é pai ou mãe de mais de três filhos, tendo sob eles a responsabilidade do poder familiar, ou que já se encontra cumprindo outra tutela ou curatela.

A maternidade ou paternidade em si não são motivos suficientes para gerar isenção; da mesma forma como a tutela ou a curatela já findas. É preciso que o poder familiar sobre os filhos esteja em vigor, da mesma forma como a qualidade de tutor e curador de outrem seja atual. Afinal, nisso se concentra o exagero que se quer evitar: a cumulação numa mesma pessoa de funções voltadas à proteção dos incapazes.

Nada obsta, porém, que aquele que se encontre em tais circunstâncias, entendendo não haver excesso, assuma judicialmente o novo encargo tutelar. Lembre-se, mais uma vez, de que a escusa é uma faculdade, não uma proibição legal de nomeação.

*(iv) os impossibilitados por enfermidade e aqueles que habitarem longe do lugar onde haja de exercer a tutela.*

Em geral, condições adversas à boa qualidade da tutela devem ser consideradas judicialmente como razões bastante plausíveis para isentar certas pessoas de assumir o mister. Especificamente, o sistema jurídico já prevê como tais a qualidade de enfermo do provável tutor, bem como sua residência em lugar distante daquele em que a tutela se deva cumprir.

Ser portador de uma doença qualquer não é suficiente para gerar a alguém a isenção tutelar. É preciso certificar que a enfermidade em questão é efetivamente prejudicial aos cuidados que o doente deverá dispensar ao menor, se decretado seu tutor. Isso feito, a escusa torna-se indiscutível e pode ser utilizada pelo interessado.

Quanto à distância entre a habitação do possível tutor e o local da tutela, ela compreenderá invocável resistência à nomeação na modalidade de tutela dativa. Nessa espécie é obrigatório, pelos motivos já explicados, que o tutor tenha residência coincidente ao domicílio do menor. Nas demais, como esse requisito não existe, a alegação dessa escusa é ineficaz.

*(v) militares em serviço.*

Os militares[1233] são indicados como isentos da decretação de tutela devido ao fato de, se ativos, encontrarem-se constantemente em mudança domiciliar. Caso sejam nomeados tutores, podem não ser capazes de conceder ao pupilo nem mesmo a estabilidade elementar à formação de sua personalidade, além da dificuldade

1233 Maria Berenice Dias entende não haver justificativa para esta hipótese de escusa: "O elenco revela certa preocupação em preservar a convivência dos tutores com seus pupilos, tanto que preconiza que sejam pessoas sadias, jovens, não tenham muitos filhos e se mantenham por perto Agora, a referência aos militares não se justifica: se a intenção é encontrar um tutor que consiga ter mais espaço de convívio com o tutelado, ao menos que fosse autorizada a recusa a quem, em função de emprego ou de profissão, tenha pouca disponibilidade de tempo." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 908-909)

de cumprir fielmente outras obrigações tutelares administrativas, existentes se o menor tiver patrimônio.

A esse respeito, ainda cumpre salientar que, adotada a viabilidade da ampliação do elenco de escusas, talvez seja possível estender essa faculdade dos militares a outros profissionais, públicos ou privados, que atestarem a mesma incompatibilidade entre seu labor e a tutela. A preservação do interesse do menor parece chancelar esse raciocínio.

## 14.5. Conteúdo e exercício da tutela

A tutela é um instituto autônomo, mas conserva equivalências substanciais em relação ao poder familiar, dado terem ambos um objetivo comum: proteger e promover a criança ou adolescente. Por outro lado, porém, certo substrato da tutela apresenta sensíveis diferenças, como ficará exposto.

Na expressão legal do Código Civil, em relação à pessoa do menor, incumbe ao tutor representá-lo ou assisti-lo[1234] – proporcionalmente à sua incapacidade –, oferecer-lhe alimentos, providenciar e dirigir sua educação, bem como cumprir com os demais deveres que normalmente incumbem aos pais, respeitada a vontade do pupilo, quando já adolescente.[1235]

Nesse ponto de similaridade, aplicam-se ao contexto da tutela aquelas explicações já dadas acerca dos deveres parentais, razão pela qual elas não serão aqui repetidas. Resta promover algumas observações, porém.

No que tange à prestação de alimentos, em princípio, não cabe ao tutor cumpri-la recorrendo ao seu próprio patrimônio. A tutela não lhe gera o dever alimentar, mas a obrigação de gerenciá-lo em favor do menor.[1236] Assim sendo, o que o tutor deve fazer é ou providenciar judicialmente o pagamento da pensão pelo parente obrigado;[1237] ou extrair o montante necessário do acervo patrimonial do menor, caso rentável ele seja. Todavia, há que se admitir que, diante da situação fática em que não haja quem possa ou quem esteja obrigado a pagar alimentos ao menor, nem tendo ele patrimônio capaz de suprir essa necessidade, o tutor acaba por passar a desempenhar também a função de provedor. Temerário é, no entanto, entender que isso possa ser juridicamente exigível dele.[1238]

---

1234 "Art. 1.747. Compete mais ao tutor:
I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte;"

1235 "Art. 1.740 Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:
I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição;
III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade."

1236 "Art. 1.747. Compete mais ao tutor:
II – receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas;"

1237 "Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:
V – propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos."

1238 Nesse ponto, não se comunga do mesmo raciocínio de Rolf Madaleno, para quem,

Em matéria de criação do pupilo, da mesma forma como aos pais, ao tutor cumpre realizar pessoalmente a educação informal, deixando às instituições de ensino a prestação da educação formal. Ocorre que, diferentemente dos pais, o tutor não tem plena autonomia para realizar atos de correção da criança ou adolescente. Ainda que seja tolerável que ele imponha algumas restrições com propósito instrutivo,[1239] quando se convencer da necessidade de intervenções mais enérgicas, precisará solicitar ao juiz que o faça.[1240]

Quanto ao patrimônio do menor, o Código Civil é demasiadamente exaustivo ao prever os atos que o tutor deve realizar, sem ou com autorização judicial, e os atos para os quais ele não tem legitimidade. Trata-se de resquício do sistema normativo ultrapassado, no qual os aspectos financeiros sobressaíam aos pessoais. Com isso, a leitura estrita do conjunto normativo dedicado à tutela dá a impressão de se tratar de um instituto voltado a resguardar a fortuna de ricos infantes órfãos, realidade que não parece coincidir com a brasileira.[1241]

No início da tutela, o tutor receberá os bens do tutelado, caso existam, para gerenciá-los. Distintivamente do que provoca o poder familiar aos pais, o tutor não terá direito de usufruto desse conjunto patrimonial. Ele se resumirá a gestor do infante e, nessa qualidade, pode ter, inclusive, que prestar caução, como garantia do bom desempenho administrativo. No entanto, se o juiz reconhecer sua idoneidade

---

nessas circunstâncias, "passa a ser obrigação do tutor prestar diretamente os alimentos necessitados pelo tutelado, inclusive pagando sua educação [...]" (MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book.*).

1239 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book.*; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 455.

1240 "Art. 1.740 Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:
II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção;"

1241 "Art. 1.753. Os tutores não podem conservar em seu poder dinheiro dos tutelados, além do necessário para as despesas ordinárias com o seu sustento, a sua educação e a administração de seus bens.
§ 1 º Se houver necessidade, os objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis serão avaliados por pessoa idônea e, após autorização judicial, alienados, e o seu produto convertido em títulos, obrigações e letras de responsabilidade direta ou indireta da União ou dos Estados, atendendo-se preferentemente à rentabilidade, e recolhidos ao estabelecimento bancário oficial ou aplicado na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz.
§ 2 º O mesmo destino previsto no parágrafo antecedente terá o dinheiro proveniente de qualquer outra procedência.
§ 3 º Os tutores respondem pela demora na aplicação dos valores acima referidos, pagando os juros legais desde o dia em que deveriam dar esse destino, o que não os exime da obrigação, que o juiz fará efetiva, da referida aplicação.
Art. 1.754. Os valores que existirem em estabelecimento bancário oficial, na forma do artigo antecedente, não se poderão retirar, senão mediante ordem do juiz, e somente:
I - para as despesas com o sustento e educação do tutelado, ou a administração de seus bens;
II - para se comprarem bens imóveis e títulos, obrigações ou letras, nas condições previstas no § 1 º do artigo antecedente;
III - para se empregarem em conformidade com o disposto por quem os houver doado, ou deixado;
IV - para se entregarem aos órfãos, quando emancipados, ou maiores, ou, mortos eles, aos seus herdeiros."

ou entender que o patrimônio não compreende montante considerável, essa providência assecuratória poderá ser dispensada.[1242]

Para além disso, a gerência patrimonial do tutor é especialmente subordinada à fiscalização judicial. Anualmente, ele deve apresentar ao juiz um balanço e a cada dois anos deve prestar contas detalhadas de seus atos.[1243] Não bastasse, caso entenda necessário, o magistrado ainda pode nomear um agente especificamente para o fim de vigilância das atividades do tutor. O chamado protutor é uma espécie de segurança administrativo que tem o dever de comunicar ao juiz qualquer irregularidade.[1244]

Todavia, na visão de Caio Mário da Silva Pereira, essa é uma medida que não diminui, mas agrava a necessidade da intervenção judicial reiterada porque "estará em verdade engendrando conflitos que percutem inevitavelmente no pupilo, e reclamando a presença do juiz para dirimir desentendimentos."[1245]

Essa conturbada pluralidade de sujeitos envolvidos no exercício de uma mesma tutela ainda pode acontecer se o tutor delegar pontuais funções a terceiros. Desde que conte com a concordância do juiz, o Código Civil lhe dá a faculdade de transferir a certas pessoas, físicas ou jurídicas, a realização de atos que requeiram conhecimentos técnicos ou que se devam realizar fora do local da tutela.[1246]

Os atos que o tutor pode realizar sem autorização judicial prévia representam providências ordinárias e sem maiores riscos de prejudicialidade. São exemplos a locação de imóveis ou a venda dos móveis a tanto destinados, como os frutos oriundos da produção de uma fazenda do qual o pupilo seja eventualmente proprietário.[1247]

Já os atos para os quais a permissão judicial é elementar, seja prévia ou posteriormente, sob pena de invalidade, compreendem negócios de disposição patrimonial, arriscados em si mesmos. Incluem-se nessa categoria, conforme o

---

1242 "Art. 1.745. Os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado deles e seus valores, ainda que os pais o tenham dispensado.
Parágrafo único. Se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade."

1243 "Art. 1.756. No fim de cada ano de administração, os tutores submeterão ao juiz o balanço respectivo, que, depois de aprovado, se anexará aos autos do inventário.
Art. 1.757. Os tutores prestarão contas de dois em dois anos, e também quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente.
Parágrafo único. As contas serão prestadas em juízo, e julgadas depois da audiência dos interessados, recolhendo o tutor imediatamente a estabelecimento bancário oficial os saldos, ou adquirindo bens imóveis, ou títulos, obrigações ou letras, na forma do § 1º do art. 1.753."

1244 "Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé."
"Art. 1.742. Para fiscalização dos atos do tutor, pode o juiz nomear um protutor."

1245 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, p. 456.

1246 "Art. 1.743. Se os bens e interesses administrativos exigirem conhecimentos técnicos, forem complexos, ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outras pessoas físicas ou jurídicas o exercício parcial da tutela."

1247 "Art. 1.747. Compete mais ao tutor:
[...]
IV - alienar os bens do menor destinados à venda;
V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz."

Código Civil, o pagamento de dívidas, a aceitação de herança ou legado (puro ou modal), as cessões, a venda de certos bens e a propositura de ações judiciais.[1248]

Por fim, há atos que, por representarem abuso no exercício da tutela, nem mesmo a autorização judicial é capaz de validar. São nulos de pleno direito, de acordo com o artigo 1.749 do Código Civil, os seguintes atos realizados pelo tutor: a aquisição em seu favor de quaisquer bens do menor, realizada pessoalmente ou por interposta pessoa; a disposição gratuita do patrimônio do pupilo em favor de terceiros ou de si próprio; a cessão de crédito ou direito do infante em seu benefício.

Situações de indevido aproveitamento da tutela, que tragam prejuízo à pessoa ou ao patrimônio da criança ou adolescente, podem gerar responsabilidade civil ao tutor, ao protutor – se nomeado – e ao juiz, ora individual, ora subsidiária, ora solidariamente. Se o ato ofensor apenas competia a um desses sujeitos, apenas ele responde; se, porém, ainda que realizado tão somente por um, deveria ter sido fiscalizado pelos outros, serão todos responsáveis, subsidiários ou solidários.[1249]

Exemplos de responsabilidade direta e subsidiária seriam a falta de nomeação do tutor e a dispensa judicial de prestação de caução, respectivamente. Se o magistrado não promover a indicação oportuna do tutor será pessoalmente responsável perante o pupilo pelo dano oriundo da demora; se não exigir do tutor a garantia, será subsidiariamente responsável, caso algum prejuízo seja provocado por este ao infante.[1250] Da hipótese de responsabilidade solidária é exemplo a doação do patrimônio do tutelado pelo tutor e não impedida nem pelo protutor, nem pelo juiz, pessoas a quem competia a vigilância.

Se não se pode autorizar que seja contrariado o propósito de proteger o menor, valendo-se da tutela para ofendê-lo, também não se pode permitir que, sendo esse *munus* público, inevitável, torne-se fonte de prejuízo ao tutor. Nesse sentido, reserva-se a este encarregado o direito a uma remuneração proporcional ao valor do patrimônio administrado, além do direito de reembolso das despesas

---

1248 "Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:
I - pagar as dívidas do menor;
II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;
III - transigir;
IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;
V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.
Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz."

1249 "Art. 1.752. O tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado [...]
§ 2º São solidariamente responsáveis pelos prejuízos as pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor, e as que concorreram para o dano."

1250 "Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será:
I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente;
II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito."

realizadas em favor do menor, durante o cumprimento de seu ofício.[1251] Igualmente, ao protutor é assegurada uma modesta gratificação pela atividade fiscal.

A despeito dessa lógica abstrata, porém, reconhece-se que a eficácia desses créditos, a que fazem jus tutor e protutor, é inevitavelmente subordinada à existência de titularidade patrimonial do pupilo. Não tendo ele bens, por força das circunstâncias, a tutela acaba por se tornar gratuita.

## 14.6. Extinção da tutela

Já se sabe que o tutor existe para suprir a ausência de pais habilitados para cumprir o poder familiar enquanto pendente a menoridade dos filhos. Isso posto, é fácil deduzir que as formas ordinárias, ou naturais,[1252] de extinção da tutela são: o alcance da capacidade civil pelo pupilo e sua inserção sob autoridade parental.[1253]

Obtida a maioridade ou a emancipação, o tutelado supera a fase de especial desenvolvimento que justifica o cuidado por meio da estruturação tutelar. Por outro lado, advinda a adoção ou o reconhecimento de paternidade ou maternidade, mesmo que o menor permaneça carecendo de proteção e de incentivos à promoção de sua personalidade, passa a ter quem possa realizá-lo mais genuinamente, em função do vínculo de filiação que os reúne.

As demais causas de extinção da tutela são jurisdicionais[1254] e não equivalem ao desaparecimento de sua necessidade. Ao revés, são hipóteses em que a nomeação de outro tutor é emergente porque o tutelado permanece carecedor de dedicação peculiar e não tem quem possa exercer em relação a si a autoridade parental. São elas: a alegação de superveniente escusa; a destituição do atual tutor por mau cumprimento tutelar procedido ou provável; e o advento do prazo de obrigatoriedade do encargo.

A ocorrência de um fato que corresponda a motivo de escusa não necessariamente levará ao fim a tutela. Como já se teve oportunidade de explicar, trata-se de uma faculdade concedida ao tutor de ver-se liberado do *munus*, caso queira. Portanto, se este não for seu interesse, não se pode obrigá-lo, por esta razão, a deixar o exercício tutelar. O que finaliza o encargo é a invocação da escusa pelo tutor, não o simples acontecimento desta. A partir do advento do motivo, a alegação

1251 “Art. 1.752. O tutor [...] tem direito a ser pago pelo que realmente despender no exercício da tutela, salvo no caso do art. 1.734, e a perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados.
§ 1º Ao protutor será arbitrada uma gratificação módica pela fiscalização efetuada.”

1252 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 470.

1253 Interessante é notar o acerto da redação do Código Civil nesse ponto. Quando o artigo 1.763 prescreve que “cessa a condição de tutelado”, sublinha que a forma mais comum de extinção da tutela é a perda de sua utilidade a qual, inevitavelmente, remonta à pessoa do pupilo.

1254 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 470.

judicial da escusa pode ocorrer em até cinco dias, conforme o artigo 760 do Código de Processo Civil.

Lembre-se, a propósito, de que só finaliza a tutela já iniciada causa escusativa não havida ao tempo da nomeação. Se esta já existia e não foi oportunamente apresentada pelo tutor, sua omissão é interpretada como renúncia, sendo esta irrevogável.

A remoção do tutor pode acontecer, nos moldes do artigo 1.766, por negligência, prevaricação ou impedimento. Faltar com esmero no fiel cumprimento dos afazeres da tutela, abusar da sua legitimidade administrativa para celebração de atos patrimoniais, ou se enquadrar em uma das hipóteses de vedação à tutela são situações que colocam em risco os interesses da criança ou adolescente. Logo, qualquer desses casos impõe urgente supressão do tutor.

O tutor é obrigado a servir pelo prazo de dois anos, de acordo com o artigo 1.765 do Código Civil. Cumprido tal período, caso queira, poderá exonerar-se do encargo. Se, no entanto, ainda for menor o pupilo, pode o tutor pretender manter-se cuidando do mesmo. É-lhe permitido permanecer nesse exercício, o que só não será concretizado se o juiz se convencer da inconveniência da medida. A manutenção da tutela pode ser expressa ou presumidamente solicitada, bastando, nesse último caso, que o tutor se reduza ao silêncio após completo o biênio.[1255]

Em todas as cessações da tutela, o tutor deverá apresentar as contas finais. Se falecido, interditado ou ausente, esse ônus é repassado a seus sucessores.[1256] Apenas após a avaliação judicial do especificado relatório é que o tutor encontrar-se-á efetivamente liberado do *munus*. Para tanto – diferentemente do que se pensa de antemão – não é elementar que se tenha um saldo positivo. Como bem lembrado por Rolf Madaleno, nessa prestação de contas, "o objeto visado é o acertamento, não o resultado, que pode até ser negativo, se apurado que o pupilo deve dinheiro a seu tutor, tendo contra si um saldo devedor."[1257]

A competência para analisar as contas e liberar o tutor é restrita ao magistrado. Nem mesmo na hipótese de ter findada a tutela pela maioridade do pupilo, é ele legitimado a dar quitação ao tutor.[1258] De qualquer maneira, essa sentença judicial não impede eventuais demandas indenizatórias do tutelado contra o tutor. A responsabilidade civil deste, bem como do protutor e do próprio juiz permanece pendente e pode se consubstanciar na descoberta ulterior de algum ato ilícito cometido durante a tutela.

---

1255 Código de Processo Civil.
"Art. 763. Cessando as funções do tutor ou do curador pelo decurso do prazo em que era obrigado a servir, ser-lhe-á lícito requerer a exoneração do encargo.
§ 1º Caso o tutor ou o curador não requeira a exoneração do encargo dentro dos 10 (dez) dias seguintes à expiração do termo, entender-se-á reconduzido, salvo se o juiz o dispensar."

1256 Código Civil
"Art. 1.759. Nos casos de morte, ausência, ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes."

1257 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

1258 "Art. 1.758. Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, a quitação do menor não produzirá efeito antes de aprovadas as contas pelo juiz, subsistindo inteira, até então, a responsabilidade do tutor."

## 14.7. Jurisprudência sumulada

**STJ – Súmula 383**: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda. Data da Decisão: 27/05/2009.

**STJ - Súmula 99**: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte. Data da Decisão: 14/04/1994.

## 14.8. Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 636 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.735: O impedimento para o exercício da tutela do inc. IV do art. 1.735 do Código Civil pode ser mitigado para atender ao princípio do melhor interesse da criança.

**Enunciado 512 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.517. O art. 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado.

**Enunciado 138 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.

**Enunciado 136 apresentado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal como proposta de modificação do Código Civil:** Proposição sobre o art. 1.736, inc. I: **Proposta**: Revogar o dispositivo. **Justificativa**: Não há qualquer justificativa de ordem legal a legitimar que mulheres casadas, apenas por essa condição, possam se escusar da tutela.

# 15 Curatela e Tomada de Decisão Apoiada

A curatela e a tomada de decisão apoiada são dois institutos que têm em comum a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, por meio da qual o primeiro instituto foi consideravelmente alterado e o segundo foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. As alterações tiveram por base a promulgação, no ano de 2009, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que foram assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

As linhas que se seguem buscam apresentar um panorama das alterações e das novidades processadas por essa nova legislação.

## 15.1. Curatela: noções gerais e diferenciações

O instituto da curatela foi significativamente reformulado em virtude da instituição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que é denominada como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Referida legislação, de cunho assecuratório, promocional e inclusivo[1259] não se limitou às alterações concernentes ao instituto da curatela, mas, antes disso, promoveu importante reconfiguração à teoria das incapacidades[1260] [1261], na

1259 Gustavo Pereira Leite Ribeiro traça um importante panorama da trajetória do Projeto de Lei à Publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência e conclui ser "imperioso perceber que a referida lei está comprometida com a promoção da autonomia da pessoa com deficiência, inclusive da pessoa com deficiência mental ou intelectual, garantindo o exercício de variados direitos extrapatrimoniais. *Incapaz* e *incapacidade* são palavras que não aparecem no texto da lei". (RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 81, grifos do autor).

1260 As alterações à teoria das incapacidades não passaram despercebidas pela doutrina e, apesar do celebrado propósito que motivou referidas alterações, não são poucas as reflexões e críticas que as novas redações dos artigos 3º e 4º do Código Civil provocaram. Para uma criteriosa análise dessa alteração legislativa, sugere-se a leitura da obra de Raphael Furtado Carminate, que, dentre outras reflexões, considera que o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência se distancia da realidade, pois, "ao se atribuir igual capacidade de exercício a todos os maiores, independentemente de eventual prejuízo ao discernimento no caso concreto, a legislação se distancia da vida real e contraria toda lógica protetiva da Convenção de Nova Iorque, do Estatuto [da Pessoa com Deficiência], e do próprio regime das incapacidades. (CARMINATE, Raphael Furtado. *Capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para constituir família.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 75).

1261 Os artigos 3º e 4º do Código Civil passaram a vigorar com a seguinte redação:
Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

expectativa de efetivar o exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência[1262] [1263], reconhecendo seu direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e protegendo-lhes de qualquer espécie de discriminação ou de qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante.[1264]

Embora tenha sida instituída em 2015, a Lei nº 13.146 tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[1265] e seu Protocolo Facultativo, que foram assinados em Nova Iorque aos 30 de março de 2007 e, posteriormente, ratificados pelo Congresso Nacional no dia 09 de julho de 2008, por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgados, no ano seguinte, pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

---

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

1262 Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência
Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

1263 De acordo com Iara Antunes de Souza e Priscilla Jordanne Silva Oliveira, "uma das diretrizes desse novo sistema é vocacionada ao deslocamento da posição da deficiência de atributo da pessoa e do centro do referencial de imputação normativa de incapacidade legal; para, nos termos do art. 1º da CDPD, a visão de "[...] impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas." Logo, a deficiência é característica da diversidade humana e o "problema" está na sociedade que não é capaz de quebrar as barreiras que impedem a plena inclusão." (SOUZA, Iara Antunes de; OLIVEIRA, Priscilla Jordanne Silva. A (in)fungibilidade entre a curatela e a tomada de decisão apoiada: capacidade e sistema de apoio das pessoas com deficiência. *In*: LARA, Mariana Alves; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias e das sucessões: contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC MINAS, UFMG e UFOP.* Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 100.)

1264 Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência
Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.
(...)
Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

1265 O propósito da Convenção e o conceito de pessoa com deficiência estão expressos no primeiro artigo da Convenção introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 186/2008
Artigo 1 - Propósito - O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. O Decreto nº.6.949/2009 também reproduz o conteúdo da referida Convenção.

Como já se afirmou, as alterações determinadas pela Lei nº 13.146/2015 deram causa a uma considerável transformação na teoria das incapacidades. Em virtude disso, o elenco de pessoas que compunham o rol dos absolutamente incapazes, previsto no artigo 3º do Código Civil de 2002, foi reduzido e passou a contemplar apenas os menores de 16 anos. Também foi objeto de alterações o conteúdo do artigo 4º do Código Civil para ostentar uma nova lista de hipóteses de incapacidade relativa, que, agora, compreende: os maiores de dezesseis e menores de 18 anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; os pródigos, e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Nota-se que houve, no mínimo, um deslocamento da categoria da incapacidade absoluta para a da incapacidade relativa no que tange às pessoas que, por causa transitória, não estivessem aptas a exprimir sua vontade.

Hoje, à luz das transformações provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil não estão mais contemplados entre os absolutamente incapazes. Da mesma forma, não mais podem ser considerados relativamente incapazes aqueles que eram considerados "excepcionais, sem desenvolvimento mental completo".

Essa nova roupagem da teoria das incapacidades em muito se deve ao espírito da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e, antes dessa Lei, à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, de 2007, na qual se reconheceu a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais[1266], inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas[1267]. Esse reconhecimento não poderia se efetivar sem que se considerasse um mínimo de capacidade às pessoas com deficiência, afinal, deficiência não é sinônimo de incapacidade. Para aferição de capacidade ou de incapacidade, o importante é a verificação do discernimento.

Nesse sentido, convém trazer as lições de Iara Antunes de Souza

> A incapacidade é oriunda da falta de discernimento/competência para o exercício dos atos da vida civil, o que pode ou não estar atrelado a uma doença ou a uma deficiência. O diagnóstico ou a definição da incapacidade, segundo ditames do Estatuto

---

1266 Na esteira das medidas que vem sendo tomadas a fim de promover a pessoa com deficiência, reconhecendo-lhe, ainda que aos poucos, autonomia e fomentando o desenvolvimento de suas habilidades, é interessante fazer menção à promulgação, por meio do Decreto nº. 9.522, de 08 de outubro de 2018, do Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Dentre as previsões do Tratado, destaque-se o artigo 4º, que prevê a possibilidade de limitação aos direitos do autor a fim de facilitar a disponibilidade de obras em formatos acessíveis aos beneficiários da lei. O Decreto que tem como anexo o Tratado está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm.

1267 CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
Preâmbulo
Os Estados Partes da presente Convenção,
(...)
n) Reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas, (...)

da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil de 2015, é competência de uma equipe multidisciplinar, assemelhando-se, portanto, à política pública brasileira de tratamento de saúde mental. A esta equipe caberá muito mais do que o diagnóstico de uma doença mental ou da verificação de uma deficiência. Cabe a ela sim e primordialmente avaliar se, excepcionalmente, a doença, a deficiência ou qualquer outro fato externo ou interno afeta a autodeterminação da pessoa, ou seja, afeta seu discernimento para exercer os atos da vida civil.[1268]

A reforçar esse reconhecimento, dois dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência são de fundamental importância: o artigo 2º, que prescreve quem se considera como pessoa com deficiência, e o artigo 6º, que enfatiza que a deficiência não afeta a capacidade civil para a prática de diversos atos e negócios existenciais[1269]. Eis os dispositivos:

> Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.
> (...)
> Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
> I - casar-se e constituir união estável;
> II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
> III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
> IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
> V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
> VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Considerando o disposto no artigo 6º, que reconhece a capacidade das pessoas com deficiência para a prática de atos da vida civil, o artigo 85 da Lei nº 13.146/2015 restringe a curatela aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, o que representa uma relevante alteração ao instituto que é título deste capítulo.

Assim, a curatela consiste numa medida que, paralela à tomada de decisão apoiada, ao poder familiar e à tutela, tem o objetivo de defender e promover a pessoa relativamente incapaz para o exercício de alguns atos da vida civil. Ocorre que, enquanto esses dois últimos institutos tratam dos menores, a peculiaridade da curatela é atender os maiores em caráter de brevidade e de extraordinariedade, e

---

1268 SOUZA, Iara Antunes de. Reflexões sobre os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no direito das famílias: curatela e casamento. *In:* PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 206.

1269 Reflexo de uma preocupação com a capacidade dos esquizofrênicos e do exercício do seu direito à saúde, mesmo antes da elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, sugere-se a leitura da tese de doutorado da coautora Renata Barbosa de Almeida que se encontra disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaRB_1.pdf.

estando circunscrita aos atos de cunho patrimonial e negocial, como bem asseveram os §§1º e 3º do artigo 84 e o artigo 85, §§ 1º e 2º da Lei nº. 13.146/2015.[1270]

Apesar de o artigo 85 ser enfático ao prescrever que a curatela se restringe aos atos de natureza patrimonial e negocial, foi aprovado o Enunciado nº. 637 na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual é admissível a outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para a proteção do curatelado em sua dignidade.

Os curatelados são pessoas que, em função de sua especial condição concreta, contrariam a presunção de capacidade civil plena. Nessa feita, é perceptível que as providências demandadas para a decretação da curatela são – e devem mesmo ser – juridicamente dispendiosas.

Segundo a estrutura adotada pelo sistema jurídico brasileiro, em relação aos menores, já existe a pressuposição de carência de capacidade – plena até os 16 anos e relativa, entre 16 e 18 anos. Em consequência, o argumento acerca da necessidade de haver alguém que por eles zele emerge espontâneo e o poder familiar ou a tutela se impõem naturalmente.

Em se tratando de pessoas maiores, todavia, a pressuposição é inversa. Entende-se que todos aqueles que alcançam a maioridade civil são capazes de realizar por si mesmos quaisquer atos jurídicos. Em princípio, nenhum maior requer assistência ou representação. Ao revés, é completamente dispensada a intervenção alheia no seu agir.

Nesse sentido, a nomeação de um terceiro para auxiliar o maior na consecução de seus atos ou para fazê-lo por ele, requer a prévia comprovação de que a situação concreta é avessa a que a lei presume existente. A curatela decorre de um procedimento especial de jurisdição voluntária, ainda hoje denominado de interdição pelo CPC/15[1271]; isto é, decorre a curatela da certificação judicial de

---

1270 Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º *Quando necessário*, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

(...)

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência *constitui medida protetiva extraordinária*, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e *durará o menor tempo possível.*

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de *natureza patrimonial e negocial*.

§ 1º *A definição da curatela não alcança* o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º *A curatela constitui medida extraordinária*, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

1271 O termo interdição é objeto de críticas, principalmente, após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Nesse sentido, Conrado Paulino da Rosa entende que o vocábulo interdição tenha sido "suprimido da ordem infraconstitucional, pois relaciona a curatela a um processo de supressão de direitos patrimoniais e existenciais da pessoa, quando, na verdade, a curatela será funcionalizada à promoção da autonomia. De fato, o termo interdição remete a uma sanção civil de natureza punitiva contra uma pessoa que não praticou qualquer ato ilícito." (ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 729.). Endossando a crítica aos

que aquela pessoa, embora maior de idade, não tem discernimento suficiente para reconhecer-lhe a plena capacidade civil.

A circunstância tem natureza extraordinária e, dessa maneira, é de se salientar que o ônus probatório tem por conteúdo a incapacidade relativa. O maior tem, em seu benefício, a crença jurídica de concentração das condições psíquicas adequadas ao livre exercício de direitos, dispensando-se qualquer necessidade de reforço a esse respeito. Aquele que solicitar a decretação da curatela é que deve cumprir com a comprovação oposta. Em última instância, caso dela não se desincumba satisfatoriamente, persistindo a dúvida, a decisão judicial deve validar a capacidade.

Diante de tudo isso, poderia se concluir, pelos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira, anteriores à entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que "incidem na curatela todos aqueles que, por motivos de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida, não estão em condições de dirigir sua pessoa ou administrar os seus bens, posto que maiores de idade."[1272] Na atual conjuntura, porém, há que se ressaltar que a curatela consiste em hipótese ainda mais restrita, uma vez que se destina aos atos de natureza patrimonial ou negocial, não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85, §1º da Lei nº. 13.146/2015).

As causas passíveis de levar à relativa incapacidade aquele que já tem completos os dezoito anos consistem em transtornos ou debilidades psíquicas. Falta-lhe higidez mental para realização autônoma de certos atos da vida civil, razão pela qual se considera adequado nomear alguém que possa, durante o menor tempo possível e proporcionalmente às necessidades e circunstâncias de cada caso, dar ao seu patrimônio a ordenação que ele não consegue promover, sozinho.

Não se deve confundir a curatela com as curadorias.[1273] O denominado curador especial ou antigamente intitulado curador à lide serve à defesa *processual* dos interesses de pessoas em situações especiais, as quais podem ser capazes ou incapazes, menores ou maiores, ou até sem personalidade civil perfeita. Exemplificando, tem-se: a curadoria do revel citado por edital; do ausente; da

---

termos interdição, interditando e interdito, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald apontam a incompatibilidade dos termos com a finalidade promocional da curatela, sustentando que: "o vocábulo "interdição" revela-se incompatível com o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito. Além de medida coercitiva e opressiva (...), ela remete a uma sentença nulificante do exercício de situações existenciais e redutiva da complexidade e singularidade do ser humano a um quadro psíquico (...). Ao contrário, a eficácia positiva da dignidade da pessoa humana requer a potencialização da autonomia, para que cada indivíduo seja autor de sua própria biografia e desenvolva o seu modus vivendi. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* famílias. v.6. 12 ed. rev.e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 990).

1272 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. v. 5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 479.

1273 A nomenclatura é utilizada, como alternativa à distinção das substâncias, por Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. v. 5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 477).

criança ou do adolescente que tem interesses em conflito com os pais; do nascituro etc.[1274]

A curadoria é objetivamente mais estrita e subjetivamente mais extensa que a curatela. Nesta última, o curador possui uma esfera de ação também extraprocessual, mas seu público se resume aos adultos que, por debilitação temporária ou permanente do juízo crítico, não conseguem gerir seus bens.

## 15.2. Definição da curatela e causas justificadoras

A curatela é o encargo jurídico imposto a alguém para proteger e auxiliar o maior relativamente incapaz na regência de seus atos de cunho patrimonial. Consiste num *munus* público a ser exercido em atenção à peculiar condição do adulto curatelado. É sempre definida judicialmente e se trata de uma medida reversível a todo o tempo, uma vez que sua definição há de ser proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso, devendo durar o menor tempo possível, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Tendo por requisito a relativa incapacidade civil do maior de idade, a curatela é motivada pela falta do discernimento exigido para realização de atos jurídicos. Assim, suas causas dizem respeito a aspectos que tragam comprometimento mental. *A contrario sensu*, circunstâncias que sejam inábeis a reduzir a sadia consciência subjetiva ou a expressão adequada da vontade não levam o adulto à condição de relativamente incapaz e, portanto, não ensejam a necessidade de um curador.

O Código Civil elenca algumas causas possíveis da curatela. Partindo do raciocínio de a regra ser a capacidade civil, essa relação legal poderia ser qualificada como taxativa, impondo-se interpretação restritiva. Contudo, tem-se por mais razoável compreender o elenco como exemplificativo em vista do fundamento da curatela. Sendo ela uma medida de resguardo do maior, toda vez que se mostrar recomendável, diante da situação de sua debilidade psíquica, a curatela deve ser decretada.

Explique-se, porém: não se defende, por esse pensamento, a curatela incondicional. Muito diferente disso, entende-se que a incapacidade somente deve ser judicialmente apreendida diante de uma situação real em que o adulto, efetivamente, não apresente condições adequadas de autodeterminação. O que se advoga é que, perante tal contexto, para fins de instituição da curatela, a razão deste comprometimento mental não necessariamente precisa corresponder a uma das hipóteses legais. O que importa é que seja uma causa de caráter permanente ou temporária e que gere a redução do discernimento jurídico, de forma a recomendar o acompanhamento do maior por outrem.

Insistir numa leitura abreviada do elenco normativo é deixar ao ordenamento jurídico uma função que ele é incapaz de cumprir, qual seja acompanhar as alterações sociais. Numa atualidade que dá sinais cotidianos do advento de novos

1274 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1294, *E-book*.

males mentais,[1275] é preciso aceitar que a exigência da curatela pode ser ampliada em superação aos casos que já são conhecidos e relacionados em lei. Maria Berenice Dias chega a questionar a própria utilidade da indicação legal. De acordo com a autora: "apesar do esforço do legislador, descabida a tentativa de arrolar, identificar ou definir as limitações ou inaptidões que geram o comprometimento da higidez mental. É a **perícia médica** que define o grau de incapacidade ou comprometimento a dar ensejo ao decreto judicial da curatela."[1276]

Nos moldes do artigo 1.767 do Código Civil, a incapacidade do maior pode ser derivada de um dos seguintes motivos: qualquer causa, temporária ou permanente, que suprima a possibilidade de expressão volitiva; o alcoolismo ou a toxicomania; e a prodigalidade.

Note-se que as situações de enfermidade ou deficiência mental e de incompleto desenvolvimento mental, que outrora constavam do grupo de situações que justificavam a curatela, já não mais consistem, por si sós, em causas de pedir para a ação de curatela. Mesmo assim, ainda é válida a diferença entre as expressões deficiência mental e doença mental.

Deficiência mental é designação utilizada somente para as hipóteses nas quais seja a anomalia proveniente de causa orgânica. Doença mental, por sua vez, reserva-se, contemporaneamente, aos casos em que se identifique um distúrbio de compreensão da realidade, um comprometimento de personalidade do sujeito, não derivado de razão fisiológica.

> A pessoa com deficiência mental nasce ou adquire essa condição em consequência de uma desordem do organismo. Tal desordem acarreta dificuldades no entendimento do pensamento formal, ocasionando dificuldades de abstração diante de uma informação complexa. Porém, o indivíduo com deficiência mental mantém a percepção da realidade. Seu desenvolvimento socioafetivo é normal quando estimulado adequadamente.
> Já a pessoa com doença mental tem distúrbios de personalidade. Esse comprometimento é ocasionado por uma desordem psíquica. O doente mental apresenta um quadro patológico que muitas vezes altera sua percepção da realidade.[1277]

A pessoa com deficiência, seja em razão de deficiência mental, seja em razão de doença mental, em função da debilidade psíquica, pode ter, ou não, comprometida a autoconsciência e a regência de sua pessoa e/ou de seu patrimônio. Se sofrer a impossibilidade de manifestação volitiva, temporária ou permanente, pode carecer da curatela e da indicação de um curador para zelar pelos seus interesses

---

1275 KLEINMAN, Arthur; EISENBERG, Leon. Mental health in low-income countries. *Nature medicine,* v. 1, p. 630-631, jul. 1995. Disponível em: http://www.nature.com/nm/journal/v1/n7/abs/nm0795-630.html. Acesso em: 10 abr. 2009.

1276 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 920 (grifo da autora). No mesmo sentido: MALHEIROS, Antonio Carlos; CASABONA, Marcial Barreto. Da curatela. *In:* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 327.

1277 DIEHL, Rosilene Moraes. *Jogando com as diferenças.* São Paulo: Phorte, 2006, p. 86.

patrimoniais ou negociais. Logo, não será curatelável a pessoa com deficiência se esta característica não lhe impossibilitar de exprimir sua vontade.

A desordem psíquica permanente ou temporária, quando prejudicial à construção volitiva compromete a sua declaração. Por outro lado, mesmo tendo o agente uma organização mental, pode sofrer de alguma debilidade relativa à expressão de sua vontade, como os surdos-mudos não educados[1278] por exemplo. Sendo a exteriorização do querer a base de todos os atos jurídicos, se estas circunstâncias comprometerem sua autenticidade, a preservação da autonomia do sujeito no universo jurídico pode fatalmente pôr em risco a defesa dos seus direitos.

Em ambos os casos, a capacidade civil plena, ao invés de dar garantias à pessoa, talvez lhe traga, pessoal e/ou patrimonialmente, prejuízos. A curatela surge, então, como alternativa para tentar remediar o problema, já que o curador fará o acompanhamento da realização dos seus atos civis de natureza patrimonial.

Quanto àqueles que, por causa transitória ou permanente, estiverem impossibilitados de exprimir vontade, a legislação garantiu apoio para que fosse preservado seu direito à convivência familiar e comunitária, evitando-se o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio (art. 1.777 do CC/02).

O alcoolismo e a toxicomania, enquanto dependências químicas, podem ser causas de sérios danos mentais, os quais são capazes de retirar da pessoa seu juízo perfeito. "O Código tem em consideração pessoas que poderiam, em outras circunstâncias, gozar da plenitude nos exercícios de seus direitos civis, mas que a perdem, devido a estas circunstâncias."[1279] Se essa implicação concretizar-se e tornar inviável a realização consciente de comportamentos jurídicos, a curatela justifica-se a fim de que outrem possa colaborar na conservação dos interesses patrimoniais e negociais do alcoólico ou toxicômano.

A prodigalidade, enfim, é, das origens da incapacidade do adulto, a que se refere estritamente à ordem econômico-financeira. Trata-se de um legado do sistema jurídico-privado anterior para o qual a matéria patrimonial era predominante e a atitude humana virtuosa era a concentração de bens.[1280] Nesse universo, taxou-se de *distúrbio psíquico* aquilo que é próprio do pródigo: a dissipação irrefreada do seu patrimônio. Assim porque tal consumo ofende flagrantemente a garantia dos seus familiares, sendo certo dizer que "a interdição do pródigo tem como finalidade resguardar os ocasionais direitos dos herdeiros necessários e assegurar a manutenção de seus dependentes."[1281]

Ocorre que, com a imersão do ordenamento jurídico em uma sociedade caracteristicamente consumista e com o abandono da primazia do vetor patrimonial, torna-se imperioso inovar a compreensão da prodigalidade. Ainda que se possa

---

1278 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1304, *E-book*.

1279 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. v.5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 480.

1280 LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

1281 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1309, *E-book*. No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. v.5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 491.

mantê-la como geradora da incapacidade, parece mais razoável entender isso como possibilidade apenas quando a dilapidação patrimonial for suficiente a arriscar a subsistência do próprio pródigo[1282] e daqueles que legitimamente dependam de si. Nessa hipótese sim, poder-se-á afirmar a existência de certa fraqueza de consciência a fundamentar a limitação jurídica da capacidade civil.

> O que mais modernamente predomina é que, se a prodigalidade vem associada a um processo de patogenia mental, criando efetivamente uma síndrome degenerativa ou distúrbios psíquicos, comporta interdição. Mas, se o pródigo mostra apenas tendências aos gastos imoderados, não deverá ser caso de se lhe retirar o poder de ação no mundo civil, reduzindo-o a uma situação próxima à psicopatia.[1283]

A atenção aos aspectos de ordem existencial do pródigo é praticamente inexistente, em termos normativos e aplicativos. Não se cogita que o curatelado por prodigalidade careça de alguma orientação a respeito de suas decisões de ordem subjetiva. O desnorteamento que lhe é próprio e atinge atos patrimoniais pode ser a tanto pontual, ou não. De fato, o descontrole econômico, característico da prodigalidade, pode ser, por outro lado, mais significativo do que ordinariamente se apresenta. No entanto, há que se sublinhar que a curatela, nos termos atuais, circunscreve-se aos atos de natureza patrimonial e negocial. O artigo 1.782 do Código Civil, inclusive, explicita quais são os atos de que estão privados os pródigos sem a intervenção do curador: emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

Resta ainda questionar, acerca do pródigo, a permissibilidade de sua curatela quando desprovido ele for de patrimônio. Poderia aquele que ilimitadamente assume dispêndios financeiros ser curatelado, quando nem sequer recursos patrimoniais possua, a garantir a sua subsistência ou a de seus legítimos dependentes?

Inicialmente, a resposta que se impõe parece ser negativa. Afinal, se o propósito da curatela do pródigo é resguardar patrimônio mínimo que lhe garanta a própria existência e a de seus familiares, legítimos dependentes, a ausência deste conteúdo a preservar levaria à impropriedade da medida. Desarrazoado instituir a curatela do pródigo se ela se mostra ineficaz ao objetivo visado. Tamanha privação à autonomia subjetiva deve ser encarada como medida excepcional e, portanto, neste caso, talvez não seja mesmo recomendada.

Por outro lado, porém, a necessidade de sobrevivência do pródigo, agravada pela ausência de acervo patrimonial, pode lhe dar direito ao recebimento de alguma renda, a título alimentar – a ser paga pelos seus familiares ou pelo Estado. Nestas circunstâncias, ainda que a pensão não equivalha a patrimônio propriamente dito é recurso que pode ser mal utilizado e comprometido pelo pródigo de forma a expor ele mesmo e sua família a risco de sobrevivência. Logo, talvez neste contexto a

---

1282 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: Famílias. v.5. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

1283 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. v.5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 490.

justificativa da curatela exista e a nomeação de um curador para bem administrar a renda de titularidade do pródigo seja adequada.

## 15.3. Espécies de curatela

Antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as espécies de curatela eram analisadas à luz da dimensão da incapacidade absoluta ou relativa a que se achava sujeita a pessoa curatelada. Atualmente, porém, não se presta a curatela à decretação de incapacidade absoluta do curatelado, eis que esta categoria de incapacidade é restrita aos menores de dezesseis anos (artigo 3º do Código Civil). Não pode, então, uma decisão judicial, em oposição ao comando legal e em contraste aos propósitos da legislação que visa proteger a pessoa com deficiência, determinar a incapacidade absoluta de uma pessoa que tenha mais de dezesseis anos. A esta pessoa resta ser reconhecida a sua relativa incapacidade, se ainda não tiver completado dezoito anos, ou, ainda que adquirida a maioridade, se estiver entre as hipóteses dos incisos II, III e IV do artigo 4º do Código Civil (os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e os pródigos).

Com exceção dos relativamente incapazes assim considerados pelo critério etário, os demais podem ser curatelados. Logo, todos os que estão sujeitos à curatela são pessoas relativamente incapazes de praticar certos atos ou à maneira de os exercer. Ainda nesse sentido, as mudanças legais trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência advertem que apenas a autonomia patrimonial do curatelado pode sofrer restrições, o que excluiria qualquer tentativa de limitação do exercício de sua liberdade existencial.

Estas interpretações da lei são objeto de inúmeras críticas doutrinárias, várias delas baseadas na dúvida se tais medidas seriam contraditórias, a gerar efetiva desproteção a estas pessoas e a suas garantias fundamentais.

### 15.3.1 Curatela total ou parcial

Existe uma relação de proporcionalidade entre a extensão da incapacidade civil do curatelado e a amplitude de competência do curador. A ação desse encarregado se restringe aos atos para os quais falta ao curatelado capacidade para agir sozinho. Isso posto, a curatela poderá ser total ou parcial.

Será total caso a decisão judicial não tenha deixado ao adulto qualquer parcela de autonomia de ação na esfera patrimonial, fazendo-se imprescindível que o curador tudo o faça por ele, em nome dele. É a hipótese de o curatelado ter sido definido por relativamente incapaz, dado o comprometimento generalizado de seu discernimento. Lembre-se que a incapacidade absoluta, nos termos da nova redação do artigo 3º do Código Civil, alcança apenas os menores de 16 anos. Assim, por maior que seja o comprometimento do discernimento da pessoa adulta, sua incapacidade poderá ser considerada relativa, não havendo guarida para a declaração de absoluta

incapacidade. Mesmo relativamente incapaz, pode ser necessário que o curador aja em nome do curatelado, como nos casos em que a expressão de vontade deste seja impossível em razão de estado de coma, por exemplo.

Parcial, por sua vez, será a curatela em duas situações: (i) quando exigir do curador a realização pelo curatelado – representação – apenas de alguns atos jurídicos, havendo outros para os quais a independência do maior foi mantida; (ii) ou quando impuser ao curador o mero acompanhamento do curatelado – assistência – na consecução de todos os atos jurídicos. Essa é a circunstância em que o adulto foi considerado, pelo juiz, como incapaz relativamente a apenas alguns atos de cunho patrimonial ou relativamente à maneira de exercer os atos jurídicos em geral.[1284]

Na curatela parcial, o magistrado deve, em sua decisão, especificar quais os atos que prescindem e quais os que imprescindem do curador. Sendo a peculiaridade dessa espécie de curatela a preservação de alguma independência do maior, é preciso fazer conhecer publicamente ou quais são os atos em que ela se aplica, ou a restrição que ela impõe para celebração de todos os atos – assistência. É necessário deixar claro, porém, ainda que se pareça repetitivo, que os atos aos quais se refere a curatela são de natureza patrimonial e negocial. Logo, a extensão da curatela cinge-se ao grau de autonomia que o curatelado terá para exercer tais atos.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[1285], nesse mesmo sentido, assinalam que essa foi uma opção garantista prevista no artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio da qual conferiu-se ênfase à extensão da curatela, que somente afeta os atos patrimoniais. Segundo os autores: "o curatelado somente sofre restrições para a prática de atos patrimoniais, reclamando a presença do representante ou assistente, a depender da extensão de sua curatela."[1286]

A propósito, esse é um ponto acerca do qual é preciso sublinhar, uma vez mais, que a regra é a capacidade civil. Logo, tendo dúvida o magistrado entre a manutenção ou a supressão da autonomia do curatelado para realização de dado comportamento jurídico, deve-se preferir a primeira opção. Dessa mesma forma, em atenção também à segurança jurídica, há de ser interpretada a decisão judicial.

---

1284 Essa é a definição de relativamente incapaz que o próprio Código Civil adota no seu artigo 4º, *caput*.

1285 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 986.

1286 Os autores reforçam os limites da curatela: "Por isso, a curatela somente alcança atos de índole econômica, como os negócios jurídicos de disposição patrimonial, dentre os quais a compra e venda, a doação, o empréstimo, a assunção de dívidas, a transferência de bens e direitos etc. Tais atos serão nulos ou anuláveis, a depender do grau de incapacidade. A outro giro, os atos personalíssimos (*intuito personae*) somente podem decorrer da vontade direta e irrestrita da pessoa, mesmo que esteja ela em situação de curatela. Isso porque a curatela não pode ter o condão de retirar de um ser humano a sua própria esfera de vontades. Desejos, sonhos, aspirações, discordâncias, gostos etc., são elementos decorrentes da essência humana, inclusive das pessoas sob curatela – porque o sistema jurídico a reputou incapaz. Impor representação ou assistência para a prática de atos personalíssimos (existenciais) por uma pessoa curatelada importaria, em última análise, em verdadeira pena de banimento." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 987).

Se ela suscitar incerteza acerca de um ato qualquer, tratando-se de curatela parcial, há de se compreender o maior por capaz para sua realização autônoma.[1287]

Sendo a curatela inevitável, há de se "privilegiar sempre que for possível, as escolhas de vida que a pessoa com deficiência psíquica é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão."[1288] Afinal,

> privilegiar a autonomia privada do incapaz no caso concreto, independentemente de categorias de incapacidade e restrições de atuação predefinidas, com a finalidade de viabilizar atos de vontade que o interdito possa exprimir com discernimento, é um poderoso instrumento na concreção do princípio da dignidade da pessoa humana, porque flexibiliza a tutela protetiva do regime de incapacidades, de sorte que o incapaz continua detentor útil de seus potenciais máximos.[1289]

Em suma, prever abstratamente o ajuste da incapacidade e da curatela a partir de sua causa soa bastante arriscado. Melhor é mesmo deixar ao caso concreto que sinalize qual das direções – curatela total ou parcial – há de ser seguida.

### 15.3.2 Curatela compartilhada

O artigo 114 da Lei nº 13.146/2015 determinou muitas das diversas alterações que são objeto de análise deste capítulo. Uma dessas alterações consiste na inclusão do artigo 1775-A ao Código Civil para prever a modalidade compartilhada da curatela.

De acordo com o novo dispositivo, poderá o juiz, no ato da nomeação, estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa. Trata-se de uma possibilidade que não vincula o julgador, principalmente, quando se deve levar em consideração o melhor interesse da pessoa curatelada.[1290]

---

1287 Essa parece ser a melhor solução inclusive porque, caso se declare ulteriormente a extensão da incapacidade do maior também para o ato celebrado sem intervenção do curador – posto não indicado na sentença de curatela precedente – será possível questionar sua validade, tal qual ocorre com a sentença original de curatela. Isso significa que o risco de ofensa aos interesses do adulto é perfeitamente remediável, o que dá sustentação ainda maior ao respeito pela sua liberdade de ação.

1288 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

1289 RODRIGUES, Renata de Lima. *Incapacidade, curatela e autonomia privada*: estudos no marco do Estado Democrático de Direito. 2007. 197f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

1290 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - LEI Nº 13.146/15 - DEFICIENTES - MANUTENÇÃO DA PLENA CAPACIDADE CIVIL - NOMEAÇÃO DE CURADOR - POSSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA NOS ATOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL - CURATELA COMPARTILHADA - POSSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DO CURATELADO. - Nos termos da Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), ainda que um indivíduo seja considerado deficiente (físico, mental, intelectual ou sensorial), não será afetada a sua plena capacidade civil, e ele manterá o direito de exercê-la, em igualdade de condições com as outras pessoas. - Havendo constatação de no caso concreto é efetivamente necessária a proteção extraordinária, ao deficiente poderá ser nomeado um curador, o qual, todavia, só atuará nos atos relativos às questões patrimoniais e negociais, mantida a capacidade e a autonomia do curatelado para os demais atos da vida civil. - O objetivo da curatela, no caso de pessoa com deficiência, é que sejam protegidos os interesses

Ainda que não houvesse previsão específica, entende-se que o compartilhamento, ou o exercício da curatela conjunta, como a ela se refere Rolf Madaleno[1291], seria plenamente possível, tendo em vista a previsão do artigo 1.743[1292] do Código Civil, relacionado à tutela, mas também aplicável à curatela. Por este dispositivo, a complexidade, a exigência de conhecimentos técnicos ou a necessidade de gerir os bens ou realizar os interesses administrativos do tutelado fora do domicílio do tutor são justificativas[1293] para a delegação a outras pessoas físicas ou jurídicas para o exercício parcial da tutela, desde que judicialmente chancelada a delegação.

No entanto, convém ressaltar que a curatela compartilhada não deve ser confundida com o exercício da guarda compartilhada, como bem sintetizam Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino:

> Convém registrar que o compartilhamento da curatela, embora se espelhe na divisão da guarda, tem sistemática diversa. Embora ambas as hipóteses se fundamentem nos deveres de assistência – cuja *ratio* está na solidariedade familiar – o que justifica a guarda compartilhada é o exercício conjunto da autoridade parental que compete aos pais, consoante art. 229 da Constituição da República e art. 1.632 do Código Civil. No caso da curatela, o múnus se distribui para a família, na ordem de prelação prevista no art. 1.775 do Código Civil, a qual deve ceder em prol do atendimento às vontades manifestadas pelo curatelando e, se essa identificação não for possível, ao melhor interesse do curatelando. Além disso, o art. 1.775-A do Código Civil adota o termo *poderá*, ou seja, trata-se de faculdade adstrita à conveniência do curatelando. Em definitivo, a curatela deve ser compartilhada quando essa modalidade for funcionalizada ao melhor desempenho do encargo, para recuperação ou melhora qualitativa da vida do curatelando.[1294]

Resgatando as ideias das últimas palavras citadas, o compartilhamento da curatela, ainda que represente o exercício da solidariedade familiar, é medida

---

do curatelado, referentes aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, <u>*levando-se em conta sempre o seu melhor interesse*</u> e não que sejam atendidos os interesses isolados de qualquer dos genitores. - <u>*Comprovado nos autos que o melhor interesse da pessoa com deficiência é que a curatela seja exercida apenas por um dos genitores, não há que se falar na obrigatoriedade de se fixar curatela compartilhada*</u>. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº. 1.0000.18.131700-9/001*. Terceira Câmara Cível. Relator: Des.(a) Adriano de Mesquita Carneiro. Julgado em 28/02/2019. Publicação: 08/03/2019).

1291 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1318, *E-book*.

1292 Art. 1.743. Se os bens e interesses administrativos exigirem conhecimentos técnicos, forem complexos, ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outras pessoas físicas ou jurídicas o exercício parcial da tutela.

1293 Neste mesmo sentido, pronuncia-se Paulo Lôbo: "a curatela compartilhada, exercida por dois ou mais curadores, é recomendável quando o curatelado for titular de patrimônio complexo e diversificado, exigente de atuação especializada. (LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.)

1294 TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos de Direito Civil:* Direito de Família. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 420. *E-book.*

que somente se justifica se direcionada ao atendimento do melhor interesse do curatelado.

## 15.3.3 Autocuratela

A autocuratela apresenta-se como mais uma possibilidade de reconhecimento da autonomia privada da pessoa que, tendo em vista uma situação futura, na qual pudesse estar impossibilitada de manifestar sua vontade, elabora as diretrizes para a condução de seus negócios da forma mais coerente com os seus interesses.

É imprescindível que o interessado tenha discernimento ao elaborar as normas às quais pretende dar eficácia caso no futuro não possa exprimir vontade. Esse caráter fundamental do discernimento não deixou de ser expresso na obra de Thais Câmara Maia Fernandes Coelho, que assim define o instituto:

> A expressão *autocuratela* é a instituição pela qual se possibilita que a pessoa com discernimento, mediante um documento apropriado, deixe preestabelecidas as suas questões (patrimoniais e/ou existenciais), para serem implementadas em uma eventual impossibilidade de manifestação de vontade. (...) Assim, através da autocuratela, uma pessoa que está acometida com uma doença, ou um idoso que irá fazer uma cirurgia que possa trazer complicações no pós-operatório, ou qualquer pessoa precavida, já pode, desde que tenha discernimento no ato da manifestação, estabelecer, através de um documento adequado, o seu curador para os cuidados relativos a questões pessoais (cuidados com a saúde) e outra pessoa que será seu curador paras as questões patrimoniais.[1295]

Nesse mesmo sentido, e considerando o reconhecimento da autonomia da pessoa com deficiência, Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira ponderam que:

> Em face das novas diretrizes de autonomia da pessoa com deficiência, ressalta-se a importância da pessoa como protagonista das orientações da própria vida, em todos os momentos. Nessa direção, assumem grande relevância as vontades antecipadamente manifestadas, para que gerem efeitos no momento em que seu autor não puder exprimi-las. *Trata-se de modalidade de negócio jurídico existencial, no qual a pessoa, detentora de discernimento e funcionalidade – portanto, de capacidade de querer, entender e se manifestar –, faz escolhas a serem efetivadas a posteriori, caso perca as condições psíquicas e funcionais para fazê-las.* A autocuratela, portanto, é uma espécie de declaração antecipada de vontade.[1296]

Não há previsão legal expressa a tratar do instituto, mas sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro já vem sendo defendida doutrinariamente.

---

1295 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 68, grifo da autora.

1296 TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos de Direito Civil:* Direito de Família. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 436. *E-book.*

É importante ressaltar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência havia determinado a inclusão do inciso IV ao artigo 1.768 do Código Civil para autorizar que o próprio interessado pudesse promover a sua curatela. Esta previsão já sinalizava o reconhecimento de uma autonomia do sujeito a ser curatelado, no qual também se concentrava a legitimidade para propor a intervenção.

No entanto, com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, a referida legitimidade passou a ser questionada, pois o artigo 1.072, inciso II, do CPC/15 revogou uma série de artigos do Código Civil, dentre os quais o artigo 1.768 com todos os seus incisos. Ocorre que, conforme destacam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[1297], não poderia o CPC/15 ter revogado o inciso IV do artigo 1.768, porque tal dispositivo fora incluído no Código Civil em razão da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Ou seja, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é norma posterior ao Código de Processo Civil, assim, não seria possível que este revogasse disposição prevista naquele, ou seja, não se poderia revogar norma ainda não publicada.

Assim, entendem os autores que "a solução mais adequada, na proteção avançada da pessoa incapacitada, é compreendê-la legitimada para a autocuratela, ampliando o rol de colegitimados do artigo 747 do Código Instrumental."[1298]

A partir disso, a legitimação para a propositura da ação de curatela é aquela prevista no artigo 747 do CPC/15, não estando ali expressamente incluída, mas doutrinariamente considerada, a pessoa que, eventualmente, queira pleitear a sua própria curatela.

Ainda sobre a questão da legitimidade, Flávio Tartuce, com base no Enunciado nº 57 da I Jornada de Direito Processual Civil [1299], e considerando o "*espírito* do EPD" (Estatuto da Pessoa com Deficiência), defende a viabilidade jurídica da "autointerdição ou da autocuratela (...) diante da força constitucional da Convenção de Nova York".[1300]

A hipótese que fora prevista no inciso IV do artigo 1.768 do CC/02 pressupunha, assim como as que remanesceram no artigo 747 do CPC/15 pressupõem, a judicialização. Ou seja, a curatela será resultado de um procedimento especial de jurisdição voluntária.

---

1297 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 993.

1298 Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald advertem: "Não se sustente, indevidamente, que o dispositivo [inciso IV do artigo 1.768 do CC/02] teria sido revogado pelo advento do Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, o Código Adjetivo não poderia ter revogado o que, sequer, conhecia, na medida em que a Lei Brasileira de Inclusão somente foi publicada posteriormente. Assim, não se poderia revogar o que não existia! (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 993).

1299 I Jornada de Direito Processual Civil - ENUNCIADO 57 – Todos os legitimados a promover a curatela, cujo rol deve incluir o próprio sujeito a ser curatelado, também o são para realizar o pedido do seu levantamento. (BRASÍLIA/DF, 24 e 25 de agosto de 2017)

1300 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito de família. v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 794.

A autocuratela, porém, não tem por pressuposto o ajuizamento de uma demanda, decorrendo do livre exercício da autonomia negocial da pessoa que deseja regular seus negócios, existenciais ou patrimoniais, a fim de que possam produzir ou continuar a produzir efeitos mesmo em momento posterior, quando, eventualmente, estiver impossibilitada de se manifestar. Insere-se, assim, na categoria dos negócios jurídicos.[1301] No entanto, é bom frisar que a autocuratela não impede que se proceda à ação de curatela e à nomeação judicial de curador diverso[1302] daquele que fora indicado pelo celebrante do negócio jurídico.

Em termos práticos, o(a) leitor(a) pode se questionar qual seria o aparato jurídico a registrar as orientações do sujeito aptas a produzirem efeitos no futuro, quando de sua eventual impossibilidade de manifestar-se.

A declaração de vontade por meio da qual se manifesta o interessado na sua própria curatela tem sido tratada como mandato por parte dos doutrinadores que abordam o tema autocuratela, ainda que sob designações diferenciadas, por exemplo: mandato preventivo[1303], mandato permanente ou procuração preventiva[1304], mandato futuro[1305], ou, apenas, mandato permanente[1306].

Valendo-se da terminologia e da conceituação de Thais Câmara Maia Fernandes Coelho, pode-se afirmar que o mandato permanente

> possibilita a construção, por parte da pessoa que possa vir a sofrer uma perda de consciência, de projetos de administração de todo ou de parte de seu patrimônio, sendo um mecanismo de proteção apoiado em um instrumento que já existe no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, o mandato. Além das questões patrimoniais o mandato permanente ainda pode tratar de questões existenciais. Ele consegue conciliar todos os interesses de proteção e promoção da autonomia da pessoa, sujeita a uma futura ausência de discernimento. (...) é um contrato atípico bilateral, por terem ambas as partes direitos e deveres, o que traz maior responsabilidade ao mandatário e, consequentemente, uma maior proteção ao mandante (futuro curatelado). Ele também é consensual, pode ser remunerado ou não, de execução

---

1301 A reforçar a natureza jurídica da autocuratela, Thaís Câmara Maia Fernandes Coelho, cuja obra recomendamos, defende seu enquadramento entre os negócios jurídicos atípicos, tendo em vista a ausência de previsão legal, mas considerando que a autonomia privada seja exteriorizada "por meio da realização de negócios jurídicos." (COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 68)

1302 Nesse sentido, manifestam-se: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 924; MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, *E-book*; ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 733.

1303 MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1310, *E-book*. e ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 733.

1304 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 924.

1305 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 471, *E-book*.

1306 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 83.

futura, aleatório (quando a execução do contrato depender de evento futuro e incerto) e intuito personae (baseada na confiança depositada no mandatário).[1307]

Além do mandato permanente, outras formas de exteriorização da vontade podem ser apontadas como instrumentos[1308] de autocuratela, tais como as diretivas antecipadas de vontade, utilizadas para questões existenciais, em especial relativas à saúde[1309], que podem ser exteriorizadas por meio de escritura pública ou de instrumento particular.

## 15.4. Aspectos processuais da curatela

A ação de "interdição", como é prevista no CPC, é a providência necessária para demonstrar que dada pessoa maior contraria a presunção legal de capacidade civil. Para sua proposição judicial, têm legitimidade, conforme o artigo 747 do Código de Processo Civil, o cônjuge ou companheiro (a), os parentes ou tutores, o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando, bem como o Ministério Público.

De acordo com Maria Berenice Dias[1310], o rol do artigo 747 não apresenta ordem de preferência para exercício do *munus* nem é taxativo. A ação pode ser proposta por quaisquer pessoas ali designadas ou por outras interessadas, como aquele(a) indicado(a) por escritura pública para assumir o encargo.

Essa legitimidade se estenderia à própria pessoa, de acordo com a interpretação de Flávio Tartuce e de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[1311], conforme explicado no tópico 15.3.3. Os dois últimos por entenderem que o inciso IV do artigo 1.768 do Código Civil não fora revogado pelo Código de Processo Civil e o primeiro com base no Enunciado nº 57 da I Jornada de Direito Processual Civil e considerando a força constitucional da Convenção de Nova York.

Dentre os familiares e o tutor não há qualquer ordem preferencial a ser observada, nem litisconsórcio necessário a ser composto. Podem qualquer deles,

---

1307 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 92.

1308 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 79; 83 e 88.

1309 Na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no ano de 2012, aprovou-se o Enunciado n. 528, segundo o qual considera-se "válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado "testamento vital", em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade."

1310 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 934.

1311 TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito de família. v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 794 e FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 993

junta ou separadamente,[1312] em caráter original, ou não, propor a ação de curatela do maior.

O Ministério Público, porém, nos moldes do artigo 748 do Código de Processo Civil, tem legitimidade em caso de doença mental grave se: a) os demais indicados no artigo 747 não existirem ou não promoverem a ação de curatela, ou b) as pessoas mencionadas nos incisos I e II do artigo 747 forem incapazes. Trata-se, de acordo com Maria Berenice Dias, de uma competência residual.[1313]

Proposta a ação por qualquer dos legitimados, haverá necessidade de indicação judicial de um defensor dativo ao suposto incapaz, caso ele não faça sua própria nomeação. Esse defensor, em qualquer caso não poderá ser o Ministério Público. A representação judicial é competência que escapa a tal órgão, de acordo com o artigo 129, IX da Constituição Federal, cumprindo à defensoria pública fazê-lo.[1314] Isso não quer dizer, no entanto, que a intervenção ministerial não se concretizará. O promotor de justiça figurará como *custus legis*, por se tratar de ação que versa sobre interesses do incapaz.[1315]

A ação de curatela ou termina com a validação da presunção de capacidade civil do maior, ou com a certificação de que ela é contrariada naquela hipótese fática. Para chegar a qualquer dessas conclusões, o magistrado deve proceder à minuciosa análise casuística, cumprindo-lhe valer-se de ajuda técnica especializada.[1316] A atenção à perícia é elementar, mas isso não significa que o juiz deve manter-se submisso à conclusão do *expert*. Afinal, o que ele deve julgar não é, em si mesmo, o comprometimento psíquico de que sofre o agente, mas a prejudicialidade reflexa deste na celebração autônoma de atos jurídicos. "A incapacidade é um conceito

---

1312 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 930.

1313 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 931.

1314 MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1311, *E-book*.

1315 Código de Processo Civil.
Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:
I - interesse público ou social;
II - interesse de incapaz;

1316 AÇÃO DE INTERDIÇÃO – NULIDADE DA SENTENÇA – Ausência de nomeação de curador especial e de avaliação da interdita por equipe multidisciplinar, como determina o procedimento de instituição de curatela, previsto nos artigos 747 e seguintes, do CPC – Previsão legal expressa no sentido de que ao interditando que não constituir advogado deverá ser nomeado curador especial, consoante o artigo 752, § 2º, do CPC – Avaliação a ser realizada por equipe multidisciplinar como o meio previsto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para avaliar qual medida de autonomia de que pode desfrutar a pessoa sob curatela – Acolhimento das preliminares de nulidade da sentença – Prosseguimento ao feito com nomeação de curador especial e a avaliação da interdita por equipe multidisciplinar – Precedentes do E. STJ e desta C. Corte – Sentença anulada – RECURSO PROVIDO. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível/Capacidade 1009632-44.2018.8.26.0344 (Segredo de Justiça)* 9ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Ângela Lopes, Data de julgamento: 16/04/2020. Data da publicação: 16/04/2020).

jurídico, não médico."[1317] Por isso, a oitiva pessoal da pessoa *sub judice* não pode ser dispensada, como lembra o artigo 751 do Código de Processo Civil.[1318]

Nessa oportunidade, conforme o mesmo dispositivo legal, o juiz entrevistará criteriosamente o curatelando, questionando-o sobre sua vida, negócios, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, sendo reduzidas a termo as perguntas e respostas. Esta entrevista não precisa ocorrer, necessariamente, nas dependências do fórum, pois o parágrafo 1º do artigo 751 prevê que na impossibilidade de o curatelando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver. E, dada a complexidade do tema, a entrevista pode ser acompanhada de especialista, lembrando-se de que o magistrado pode se fazer acompanhar pelos especialistas, não se substituir por eles.

Pode ser necessária a oitiva de parentes ou pessoas próximas do curatelando e o parágrafo quarto do artigo 751 autoriza sua requisição, a critério do juiz.

Ainda sobre a entrevista, interessante é a previsão do parágrafo terceiro do artigo 751. Embora ligeiramente anterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código de Processo Civil assegurou o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o curatelando a expressar suas vontades, preferências e a responder às perguntas formuladas durante a entrevista. Tal medida se aproxima do caráter inclusivo e demonstra preocupação em conhecer a pessoa que está em processo de curatela, e que pode ser reconhecida como relativamente incapaz e ter sua autonomia patrimonial e negocial, no mínimo, reduzida, ainda que a intervenção dure por pouco tempo.

A entrevista também é considerada um marco para a contagem do prazo de 15 dias para a impugnação do pedido de curatela e, encerrado esse prazo, o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do curatelando para praticar atos da vida civil. Desta perícia, formular-se-á laudo que indique, especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela.

Finalmente, a sentença deve precisar a existência ou a inexistência de incapacidade civil do adulto. Definindo-o por relativamente incapaz, o juiz deve especificar a medida da incapacidade e promover a indicação de um curador, que poderá ser o requerente da medida, se esta nomeação atender aos interesses do curatelado, fixando os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental dele (art. 755, I e §1º, CPC). Devem ser consideradas na sentença as

---

1317 VÍTOR, Paula Távora. *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída.* Coimbra: Coimbra, 2008, p. 24.

1318 APELAÇÃO. Ação de interdição. Sentença que interdita o réu e o declara relativamente incapaz. Recurso do interditando. Interrogatório. Indispensável sua realização. Controvérsia quanto à real incapacidade do interditando. Exames e pareces médicos particulares que afastam a incapacidade. Necessária a realização de nova perícia, com a análise dos documentos trazidos aos autos, bem como de eventuais outras provas requeridas. Sentença anulada. Recurso provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível/Capacidade nº 1012786-16.2015.8.26.0008.* 6ª Câmara de Direito Privado. Relatora: Des. Cristina Medina Mogioni. Data de julgamento: 02/05/2018. Data da publicação: 02/05/2018).

características pessoais do curatelado, observando as suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências (inciso II do art. 755 do CPC/15).

Prevê o parágrafo segundo do artigo 755 do CPC/15 que na hipótese de, ao tempo da sentença de curatela, haver pessoa incapaz sob a guarda e responsabilidade do curatelado, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz.

A sentença deve ser registrada no livro "E" do Cartório do 1º Ofício do domicílio do curatelado[1319] e, imediatamente, publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo, bem como na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde ficará por 6 (seis) meses. Além disso, o parágrafo 3º do artigo 755 do CPC/15 prescreve que a sentença deva ser publicada uma vez na imprensa local e três vezes no órgão oficial, com intervalo de 10 dias entre cada publicação, constando-se do edital os nomes do curatelado e do curador, a causa da curatela, seus limites e, não sendo ela total, os atos em que se reconhece autonomia ao curatelado para praticá-los.

Justifica-se tal particularidade pela necessidade de, desde logo, assegurar o patrimônio do maior relativamente incapaz, bem como a segurança jurídica de terceiros com quem ele poderia contratar. Ademais, o restabelecimento da capacidade civil, caso a decisão venha a ser revista, é menos trabalhoso e prejudicial que a invalidação dos atos realizados por aquele que só agora foi confirmado incapaz – embora já existissem reais indícios de debilidade psíquica comprometedora da sua autoconsciência.

A doutrina ainda não chegou a um consenso sobre a natureza jurídica da sentença da curatela, embora pareça existir certa uniformidade de raciocínio acerca da qualidade de seus efeitos.

Alguns autores definem-na por declaratória[1320] porque salientam a preexistência dos seus motivos ao reconhecimento judicial; outros, por sua vez, caracterizam-na por constitutiva,[1321] ao destacar que apenas com o seu advento é que o estado da pessoa se altera – de capaz para incapaz. De fato, porém, todos eles são uníssonos ao admitir que a sentença gera efeitos *ex nunc* – nulificando apenas os atos ulteriores à sua edição –, e que, para invalidar os atos anteriores, é necessária a propositura individual de ação própria a demonstrar que, já naquele momento, existiam as condições que motivaram a curatela do agente.[1322]

---

1319 INTERDIÇÃO – Registro. Local. A interdição será registrada no cartório do 1º Ofício ou da 1ª subdivisão judiciária do local em que tem domicílio o interditando, devendo o oficial, no prazo de cinco dias, fazer a comunicação ao cartório em que consta o assento de nascimento ou casamento (LRP, arts. 89, 92, 106 e 107, § 1º). Apelo e recurso adesivo providos. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. AC 2000.04.5.001426-2. Relator: Des. Jair Soares, julgado em 18/10/2000. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 18 out. 2000).

1320 MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1319, *E-book.*; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. v. 5.15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 482.

1321 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 937.

1322 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 937-938; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de

Tem-se que mais sobressalente deve ser a presunção de capacidade civil e a segurança jurídica por ela sustentada, as quais, vigorantes ao tempo de formação do ato, validam-no, até prova em contrário. Esclarecedora é a lição de Sílvio Rodrigues:

> A meu ver devem prevalecer os negócios praticados pelo amental não interditado quando a pessoa que com ele contratou não sabia, nem contava com elementos para descobrir que tratava com psicopata, [...]. Entretanto, se a alienação mental era notória, se o outro contratante dela tinha conhecimento, ou se podia, com diligência ordinária, apurar a deficiência da outra parte, então o negócio é suscetível de anulação, pois a ideia de proteção à boa-fé não mais se manifesta.[1323]

Por fim, o artigo 756 do Código de Processo Civil indica que a cessação da causa que determinou a curatela autoriza o seu levantamento, cujo pedido pode ser feito pelo curatelado, por seu curador ou pelo Ministério Público, e será apensado aos autos do processo de curatela.

Haverá, também, no processo de levantamento da curatela, a realização de exame do curatelado, por perito ou equipe multidisciplinar nomeados pelo juiz, que designará audiência de instrução e julgamento após a apresentação do laudo. (Parágrafo segundo do artigo 756 do CPC/15).

Se o pedido de levantamento da curatela for acolhido, o procedimento para publicizar a sentença será o mesmo que fora empregado quando da determinação da curatela, averbando-se, por fim, no registro de pessoas naturais, conforme orienta o parágrafo terceiro do artigo 756 do Código de Processo Civil.

A previsão do parágrafo quarto do artigo 756 pressupõe o reconhecimento de gradativa autonomia do curatelado, pois autoriza o levantamento parcial da curatela quando demonstrada a capacidade do curatelado para praticar alguns atos da vida civil. Mais uma vez, requer-se interpretar a expressão atos da vida civil como atos de cunho patrimonial ou negocial. Ter-se-á demonstrado nos autos do pedido de levantamento que o curatelado vem apresentando cada vez mais aptidão para conduzir seus negócios e gerir seu patrimônio, ainda que continue necessitando de uma supervisão.

Talvez essa previsão possa fazer mais sentido se coordenada com o artigo 758 do Código de Processo Civil que atribui ao curador o dever de buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo curatelado.

## 15.5. Exercício e conteúdo da curatela

Para o exercício da curatela, existe uma ordem preferencial legalmente prevista. Há pessoas que são preferidas a outras para tornar-se curador do relativamente incapaz adulto em função de sua relação de afetividade e

---

Janeiro: Forense, 2020, p. 1319, *E-book.*; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 484.

1323 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 458.

proximidade com ele. O elenco previsto em lei considerou os círculos familiares para dar prioridade a certas nomeações, no que parece ter acertado. Afinal, nessas circunstâncias é esperável que a realização do *munus* fique facilitada e a realização dos interesses do curatelado seja mais bem garantida.

Assim, justifica-se observar o elenco legal, desde que essa atenção não seja rígida a ponto de criar situação fática contrária à defesa do relativamente incapaz, fundamento da medida curatelar.[1324]

De acordo com o artigo 1.775 do diploma civilista, o primeiro preferido para curador é o cônjuge ou companheiro do curatelado, se existir, e com ele ainda mantiver a convivência conjugal ou de companheirismo. Não existindo este ou já tendo se separado – de fato ou judicialmente – do relativamente incapaz, podem ser nomeados por curadores seus pais, individualmente, e, na falta deles, o descendente que se mostrar mais apto. Se vários descendentes assim se mostrarem, são favoritos os de grau mais próximo. Contudo, caso faltem todos esses legitimados, a nomeação ficará a cargo do juiz, sendo-lhe permitido indicar, inclusive, um não familiar, se isso se mostrar conveniente.

Além disso, conforme tratado no tópico 15.3.2, o artigo 1.775-A admite a nomeação de mais de uma pessoa, verificando-se a curatela compartilhada.

Note-se que a curatela, distintivamente à tutela, só comporta as modalidades legítima e dativa. Não cabe falar em curatela testamentária[1325], pois, sendo maior, o curatelado não está mais submetido ao poder familiar dos pais, perdendo estes a competência de nomearem um curador para a incapacidade que lhe advenha, eventualmente.[1326]

As escusas e os impedimentos à nomeação do curador são os mesmos havidos na tutela. Portanto, tudo o que foi dito a esse respeito sobre o tutor, aplica-se também aqui, sendo dispensável qualquer repetição. Igualmente, a eventual remuneração do curador[1327], bem como o conteúdo da curatela, se identifica com o

---

1324 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 919.

1325 Em sentido contrário, Maria Berenice Dias defende não haver impedimento a que os pais nomeiem curador por testamento "para o filho que não dispõe de plena capacidade mental, quer já esteja interditado ou não. Vedado o testamento conjunto (CC 1.863), cada um dos pais deve indicar o curador em testamento próprio. Pode ser ou não a mesma pessoa. Assumirá o encargo o indicado pelo último genitor que vier a morrer." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 919.)

1326 Discutindo sobre uma espécie de curatela por eleição – similar ao que seria a testamentária –, Paula Távora Vítor defende que ao próprio curatelado seja permitido, pelo instrumento de procuração, antes do advento da incapacidade, nomear aquele que gostaria fosse definido seu representante para cuidados de saúde. (VÍTOR, Paula Távora. Procurador para cuidados de saúde. Importância de um novo decisor. *Lex medicinae,* Coimbra, n. 1, p. 121-134, jan./jul. 2004).

1327 APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE CURATELA - FIXAÇÃO DE REMUNERAÇÃO - MÚNUS PÚBLICO ESSENCIALMENTE GRATUITO - ART. 1.752 DO CÓDIGO CIVIL - REMUNERAÇÃO IN NATURA - AUSÊNCIA DE PROVA DA NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE BENS E DE PERCEPÇÃO DE RENDIMENTOS PELA CURATELADA - IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REMUNERAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. 1- A interdição, que desafia a nomeação de curador, possui caráter notadamente protetivo da pessoa do interditando e de seus bens, de maneira que o munus deve ser exercido de acordo com os critérios fixados

da tutela, restando apenas diferenciar que, da obrigação de prestar contas pode ser dispensado tão somente o curador, caso seja cônjuge do curatelado e tenha com ele se casado pelo regime da comunhão universal de bens.[1328]

Ainda que isso seja constantemente esquecido ou ignorado, a promoção pessoal e existencial do curatelado está inserta na curatela. Goza de importância suprema e há de ser preponderantemente concretizada no ambiente familiar, conforme a nova redação do artigo 1.777[1329] do Código Civil.[1330]

É passada a hora de pôr efetivamente em prática os ditames da política pública nacional antimanicomial, voltados para promoção de uma relação dialética entre as pessoas com deficiência mental e a sociedade, na tentativa de torná-los complementares entre si. Desde 06 de abril de 2001, está em vigor a Lei nº 10.216, a qual redirecionou o modelo assistencial em saúde mental e dispôs sobre a proteção das pessoas com deficiência mental pelo reconhecimento de seus direitos.

A citação de alguns dispositivos é suficiente para demonstrar que a política protetiva e promocional destinada a esse grupo perpassa pela preferência na sua manutenção no seio familiar e comunitário, em superação ao isolamento hospitalar que por muito tempo foi padrão. O artigo 2º da referida Lei prevê como direitos dessas pessoas: ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando a alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade (inciso II); ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis (inciso VIII); ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental (inciso IX).

Não se pode mais excluir a subjetividade dos que sofrem transtorno mental.[1331] Ao revés, é preciso reconhecê-los como pessoas e sujeitos de direito que requerem

---

pela lei, por pessoa que possa oferecer a melhor proteção do incapaz e de seus bens. 2- De acordo com o art. 1.752 do Código Civil, o curador pode perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados, a depender do caso concreto. 3- Não deve ser fixada remuneração mensal ao curador pelo exercício do encargo, quando os recursos financeiros do curatelado são insuficientes para absorvê-la, ou quando se constata que a curadora se beneficiou do patrimônio e proventos da pessoa curatelada, por meio de remuneração in natura. 4- A curatela é um múnus público essencialmente gratuito, o qual tem por principal escopo a proteção do curatelado, e pode o curador ser remunerado, desde que demonstre que consumiu boa parte de seu tempo para administrar os bens do curatelado, em prejuízo de sua própria atividade laborativa e de seu sustento, o que não ocorreu no presente caso. 5- Recurso improvido. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1.0024.12.266267-9/0012662679-24.2012.8.13.0024 (1)*, Relator Des.(a) Rinaldo Kennedy Silva (JD Convocado), 2ª Câmara Cível, julgado em 11/02/2010, data da publicação 20/02/2020).

1328 Código Civil
"Art. 1.783. Quando o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial."

1329 Código Civil
"Art. 1.777. As pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

1330 Lei. 10.216 de 06 de abril de 2001.
"Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes."

1331 VÍTOR, Paula Távora. *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída.*

uma abordagem jurídica particularmente adequada a suas especificidades, de forma a promovê-los; não os aniquilar. Proteger não pode mais ser um subterfúgio jurídico para anular a autonomia desses agentes[1332] e resumi-los à condição estática e imutável de dependentes. Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem papel fundamental como fomentador da subjetividade e da inclusão da pessoa com deficiência.

## 15.6. Curatela do nascituro, do enfermo e da pessoa com deficiência física

Nascituro é aquele que já foi concebido, mas cujo nascimento ainda é pendente. Nos moldes do ordenamento jurídico, ainda não tem sequer personalidade, mas já lhe são preservados alguns direitos.[1333] Neste sentido, o nascituro demanda alguém que por tais possa zelar, em seu nome e em sua garantia.

Naturalmente, aos pais é que cumpre essa função, como uma espécie de exercício antecipado do poder familiar do qual são titulares. Logo, se ambos ou se ao menos um deles existir e tiver para tanto capacidade civil e legitimidade, é seu o ônus de preservar os direitos do nascituro. Ao revés, faltando os pais ou não concentrando neles as condições legais para esse exercício, surge a necessidade de nomear um terceiro que o faça.

Segundo o artigo 1.779 do Código Civil, se o pai falecer e a mãe, grávida, não tiver o poder familiar[1334] ou for interdita, dever-se-á nomear ao nascituro um curador, o qual, nesta última hipótese de incapacidade materna, será o mesmo já decretado à mãe.[1335] Para além da pré-morte paterna, alguns autores consideram ser idêntica a situação – e a necessidade da respectiva medida – quando ele for desconhecido, ausente, incapaz ou destituído do poder familiar.[1336] O que é decisivo para indicação de terceiro curador é que nenhum dos pais esteja em condições de cumprir, antecipadamente, com a autoridade parental.

---

Coimbra: Coimbra, 2008, p. 39; ABREU, Célia Barbosa. Capacidade civil, discernimento e dignidade do portador de transtorno mental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões,* Porto Alegre, n. 8, p. 5-18, fev./mar. 2009, p. 9.

1332 ABREU, Célia Barbosa. Curatela: uma proposta de leitura constitucional do artigo 1.772 do código civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões,* Porto Alegre, n. 7, p. 95-99, dez./jan. 2009, p. 98.

1333 Código Civil
"Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

1334 Maria Berenice Dias chama a atenção para a curiosa situação sugerida por essa norma, neste ponto: "não se atina como se possa afastar o poder familiar da mãe, quando ainda não nascido o filho." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 929).

1335 Código Civil
"Art. 1.778. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, observado o art. 5º."

1336 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. v.5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 488; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 929.

A despeito dessa organização normativa, como já se teve oportunidade de mencionar, a circunstância do nascituro não representa uma genuína curatela, pois que enquanto esta tem por sujeito o maior relativamente incapaz, aquele ainda nem perfez sua personalidade jurídica. Mais adequado seria qualificar a nomeação de um represente para ele por tutela ou por curadoria, dado que os seus interesses mais se aproximam dos direitos do menor e dado que a defesa deles fatalmente terá sede processual.

Ademais, é preciso considerar que, muitas vezes, os direitos do nascituro se confundirão com a defesa da gestante. Isso justifica a definição legal de lhe aproveitar o curador da sua mãe como mera extensão da abrangência do *munus* já em exercício. Todavia, em atenção à técnica jurídica dos institutos, também aqui não se pode compreender tratar-se de curatela propriamente dita, em função da inadequação do pseudocuratelado. O encarregado pode até ser o mesmo, mas em relação à grávida ele exercerá curatela, em relação ao nascituro, tutela ou curadoria.

No que tange ao enfermo ou à pessoa com deficiência física, é possível dizer que as modificações impostas pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência encerraram o que parecia ser um equívoco, e que já era mencionado nas edições anteriores dessa obra.

Previa o artigo 1.780 do CC/02 que "a requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens."

Por sua estrita vontade, podia criar para si mesmos ou permitir que lhes criassem curatela destinada à gerência patrimonial. No entanto, a hipótese, igualmente, não era de curatela. Essa não cabia onde não houvesse incapacidade.[1337] Ainda que concentrem o enfermo e a pessoa com deficiência física condições pessoais que podem ser embaraçadoras ao pleno exercício de seus direitos, se mantida está a higidez mental, permanecem capazes. Portanto, se nomeiam alguém que faça por eles, esse é um ato resultante da realização de sua capacidade civil, mera delegação de poderes a um mandatário, situação que foge completamente do universo da curatela.

A incoerência normativa era flagrante. Nomeava-se curador à pessoa indicada e, ao mesmo tempo, apontava por fonte da indicação o requerimento do pseudocuratelado. Ora, se tem este vontade suficiente para realizar atos jurídicos em geral, dentre os quais o contrato de mandato, medida judicial da qual não carece é, precisamente, a curatela.

Por outro lado, mais incoerente era a admissão da norma acerca do requerimento da curatela ao enfermo ou à pessoa com deficiência física[1338], a ser

---

1337 Nas palavras de Maria Berenice Dias: "É o que se chama de **curatela-mandato.** Curatela de **menor extensão**, até porque não se destina a um incapaz". (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 928, grifos da autora)

1338 EMENTA: AÇÃO DE LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. CURATELA. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. TETRAPLEGIA. DISTÚRBIO NA FALA. ADEQUAÇÃO À LEI 13.146/2015. CAPACIDADE CIVIL PRESERVADA. Se a despeito da tetraplegia e do distúrbio de linguagem,

promovido pelos mesmos legitimados a solicitar a curatela do adulto efetivamente incapaz. Se a enfermidade ou deficiência física não abalam o discernimento dessas pessoas, além de não lhes ser cabível um curador, admitir que terceiros lhes façam tal solicitação equivale a aceitar ser possível agir em nome de pessoa capaz sem, no entanto, ter recebido dela qualquer delegação de poderes. Isso representaria o fim da máxima segundo a qual somente é possível reivindicar direitos dos quais seja titular o reivindicante.

Em suma, a previsão legal de curatela ao enfermo e à pessoa com deficiência física que tenham perfeito juízo mental era, pelos motivos expostos, um equívoco, que foi superado pela revogação do artigo 1.780 do Código Civil pelo artigo 123, inciso VII da Lei nº. 13.146/2015.

## 15.7. Extinção da curatela

A curatela se extingue pelo término da sua causa. Restabelecendo-se a capacidade civil do adulto, perde sentido manter um curador que o represente ou o assista.[1339] Da mesma forma, não mais se fundamenta com o advento do falecimento do relativamente incapaz.

---

o deficiente físico não evidencia sinais de desestruturação psíquica ou déficit cognitivo, tendo consciência de si e da realidade que lhe rodeia, boa orientação espaço-temporal, boa memória, capacidade de discernimento, de abstração e de generalização, sendo uma pessoa sociável e lúcida, capaz de fazer escolhas e responder pelos seus atos, deve lhe ser assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal, em igualdade de condições com as demais pessoas, nos termos da Lei n.º 13.146/15. Recurso de apelação conhecido mas não provido. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº. 1.0000.19.059798-9/001 - 5016209-49.2018.8.13.0079 (1).* Terceira Câmara Cível. Relator: Des.(a) Des.(a) Albergaria Costa. Julgado em 12/12/2019. Publicação: 16/12/2019).

1339 A seguir, trecho de duas interessantes decisões relativas à extinção da curatela, uma do TJDFT, anterior às alterações impostas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil, e a outra do TJSP, proferida quatro anos após a entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015 e do atual Código de Processo Civil.
TJDFT - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO – CONFLITO ENTRE LAUDO PARTICULAR DE NEUROLOGISTA E O LAUDO OFICIAL DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL – PREVALÊNCIA DESTE ÚLTIMO – A suspensão da interdição ocorre quando o paciente interditado está inteiramente recuperado das sequelas que o incapacitaram. Havendo divergência de opiniões entre o médico particular, neurologista, e os dois médicos oficiais do Instituto de Medicina Legal, que subscrevem o Laudo junto com duas psicólogas, há de prevalecer este último, porque seus subscritores não têm qualquer vinculação afetiva ou profissional com a parte interessada. Nos termos do art. 471, inc. I, do CPC, a decisão não transita em julgado, podendo a qualquer tempo, ser alterada, se sobrevier modificação no estado clínico do Paciente. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *AC 48.904/98*. Relator: Des. George Lopes Leite, julgado em 01/07/1999. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 01 jul. 1999).
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
LEVANTAMENTO DE CURATELA. Insurgência do autor curatelado contra sentença de parcial procedência, que determinou o levantamento da interdição apenas de forma parcial. Cessação da condição que deu causa à interdição do autor. Laudo que atestou a capacidade do demandante para prática dos atos da vida civil. Necessidade de realização de poucos atos de forma adaptada, com eventual supervisão de terceiros, não justifica o levantamento apenas parcial da medida. Excepcionalidade da curatela (arts. 84 e 85 da Lei 13.146/2015). Caso em que o autor poderá, eventualmente, valer-se do processo de tomada apoiada de decisões

Ainda é possível finalizar a curatela pelas mesmas razões que a tutela finda: pelo decurso do prazo de dois anos e a respectiva liberação do curador; pela alegação de escusa advinda ou por impedimento superveniente dele; ou pela sua destituição devido ao mau exercício do encargo. Nesses casos, no entanto, terminará a curatela apenas em relação àquele curador exonerado, impedido ou removido. Permanecendo a incapacidade do maior, a curatela será mantida com outro nomeado.

As providências para liberação do curador e a medida de sua responsabilidade civil pelo exercício do encargo são idênticas àquelas presentes na tutela. Vale sublinhar, no entanto, a hipótese de o curador ser cônjuge do curatelado, sendo o casamento disciplinado pelo regime de comunhão universal de bens. Pensa-se que a regra trazida pelo artigo 1.783 do diploma civil, sobre a dispensa da prestação de contas, não vale para a hipótese de o fim da curatela, quando causado pela morte do incapaz ou pela separação do casal e demais causas relativas ao curador. Assim porque, nessas extinções, ou advêm direitos de terceiros – os sucessores –, ou a probabilidade de fraude do curador torna-se real em face do dissenso de interesses patrimoniais que pode emergir em relação ao curatelado.

## 15.8. Tomada de Decisão Apoiada

A tomada de decisão apoiada (TDA) é um instituto que ingressou no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que em seu artigo 116 determinou o acréscimo do Capítulo III ao Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil.

É tratada no Código Civil em apenas um artigo, o de número 1.783-A, composto por onze parágrafos. No entanto, essa reduzida previsão legal não é sinônimo de pequena importância, já que o instituto, diferentemente da curatela, não visa ao reconhecimento da relativa incapacidade da pessoa, mas ao fomento de sua autonomia[1340] e preservação de sua capacidade.

em relação à prática de determinados atos (art. 1.783-A do CC), o que deve ser discutido em ação própria. Levantamento integral da curatela que é de rigor (art. 756 do CPC). Sentença reformada. Recurso provido. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível/Curatela nº 1000811-46.2019.8.26.0302 (Segredo de justiça)*. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Carlos Alberto de Salles. Julgado em 23/06/2020. Publicação: 23/06/2020).

1340 Nas palavras de Luíza Resende Guimarães e Mariana Alves Lara, "a tomada de decisão apoiada se guia pela primazia da autonomia das pessoas com deficiência e pelo cultivo de seu protagonismo, representando alternativa à incapacitação judicial – absoluta ou relativa – como única solução ofertada a esses indivíduos. Preenche, então, o vazio protetivo que pairava sobre aqueles que, sem prejuízo da própria capacidade, precisavam de mecanismo jurídico e institucionalizado de apoio. O principal ponto em que a TDA se aparta dos instrumentos protetivos clássicos está na manutenção incólume da capacidade de fato do sujeito." (GUIMARÃES, Luíza Resende; LARA, Mariana Alves. A coexistência entre curatela e tomada de decisão apoiada: semelhanças, diferenças e a questão da (in)fungibilidade. *In*: LARA, Mariana Alves; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias e das sucessões:* contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC MINAS, UFMG e UFOP. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 235.)

Assim, a tomada de decisão apoiada consiste em um processo judicial por meio do qual a pessoa com deficiência pode eleger pelo menos duas pessoas idôneas, a partir de um critério de confiança e da existência de vínculos entre o apoiado e o apoiador, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

De início, convém diferenciar a tomada de decisão apoiada da autocuratela[1341], uma vez que esta é formalizada por meio de uma manifestação de vontade para produzir efeitos futuros condicionados à eventual superveniência de impossibilidade de manifestação de vontade, e aquela pressupõe a nomeação, por via judicial, de dois ou mais apoiadores para tomadas de decisão sobre quaisquer atos da vida civil e não tem por efeito, nem por pressuposto, a constatação de incapacidade relativa.

Diferentemente da curatela, a tomada de decisão apoiada não se circunscreve aos atos de natureza patrimonial ou negocial.[1342] Não há impedimento a que a pessoa curatelada se valha do processo de tomada de decisão apoiada para que obtenha

1341 Sobre a distinção, Ana Carolina Brochado Teixeira, Anna Cristina de Carvalho Retore e Beatriz de Almeida Borges e Silva se pronunciam: "Eis então o cerne do que distingue a "tomada de decisão apoiada" da autocuratela: a circunstância que aniquila o cabimento daquela é condição de eficácia desta última. Dito de outra forma, a ausência de discernimento, reconhecida judicialmente por meio do processo que resultará na curatela, é, a um só tempo, o momento a partir do qual não há se falar mais na "tomada de decisão apoiada" e o momento a partir do qual se verifica a implementação da condição suspensiva indispensável a que a autocuratela adentre o plano da eficácia delineado na escada ponteana." (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. *In:* PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 195.)

1342 APELAÇÃO CÍVEL. INTERDIÇÃO E CURATELA. AÇÃO PROPOSTA PELA MÃE DO INTERDITANDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA REQUERENTE. Pretensão de que seu filho, portador de esquizofrenia, seja interditado, para que possa gerir seus interesses, em especial seu benefício perante o INSS – *interditando que se encontra sob tratamento, e, em entrevista, se mostrou orientado, consciente de sua doença e do que lhe foi perguntado – incapacidade para o trabalho constatada no âmbito previdenciário que não se confunde com a incapacidade civil plena - ausência de justa causa para a interdição e imposição de curatela. Possibilidade, no caso, de adoção da tomada de decisão apoiada. Desnecessidade, ademais, da interdição* para representação perante o INSS ou outras entidades, que pode ser feita mediante procuração. Julgamento de improcedência da demanda que deve ser mantido. Recurso desprovido. (PARANÁ, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1. 0000884-55.2016.8.16.0193.* 11ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Mario Nini Azzolini. Julgado em 23/03/2020, grifo nosso)

apoio para a consecução dos atos de natureza extrapatrimonial[1343] não abarcados pela curatela.[1344]

Sobre a natureza da tomada de decisão apoiada, é interessante a análise de César Fiúza:

> O instituto da tomada de decisão apoiada se baseia, portanto, numa convenção cuja natureza é *sui generis*. Não se trata de representação, uma vez que os apoiadores não atuam em nome do apoiado, representando-o perante terceiros; não se trata de mandato sem representação, porque os apoiadores não agem por sua própria conta, em benefício do apoiado. É instituto único, em que o apoiado e apoiadores agem em conjunto, em benefício daquele.[1345]

Com relação ao procedimento, deve a pessoa a ser apoiada indicar, expressamente, no requerimento as pessoas aptas a prestarem o apoio, devendo,

---

1343 "No que se refere ao âmbito de abrangência, a curatela restringe-se às situações patrimoniais (art. 85 do EPD). A tomada de decisão apoiada, por sua vez, pode alcançar situações patrimoniais ou existenciais, indistintamente. Ressalte-se que o termo de apoio deve apresentar os limites do apoio a ser oferecido, bem como a sua duração, conforme se tratar de medida destinada a garantir à vontade e autonomia da pessoa a ser apoiada, e não se caracteriza como medida de substituição de vontade. Na verdade, dentro do sistema de apoio, a curatela, ainda que se fale em assistência ou representação na Teoria das Capacidades, não legitima a substituição de vontade. Espera-se a construção ou reconstrução da vontade. (SOUZA, Iara Antunes de; OLIVEIRA, Priscilla Jordanne Silva. A (in)fungibilidade entre a curatela e a tomada de decisão apoiada: capacidade e sistema de apoio das pessoas com deficiência. *In*: LARA, Mariana Alves; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias e das sucessões:* contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC MINAS, UFMG e UFOP. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 107.)

1344 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INTERDIÇÃO - NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL PARA A PRÁTICA DE ALGUNS ATOS DA VIDA CIVIL - PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL DECLARADA RELATIVAMENTE INCAPAZ - LAUDO MÉDICO PRODUZIDO NOS AUTOS - TOMADA DE DECISÃO APOIADA - PROCEDIMENTO VOLUNTÁRIO - SENTENÇA CONFIRMADA. I - Conquanto o procedimento da interdição não esteja previsto na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei n°. 13.146/2015), que alterou as disposições do CCB/2002 relativas à curatela, o instituto possui previsão expressa no vigente CPC/15, podendo ser decretada segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito e nos limites da capacidade verificada na instrução do feito. II - Constatado, por meio de laudos médicos produzidos nos autos, que o curatelando é relativamente incapaz para a prática de atos de disposição patrimonial e relativos a direito do trabalho, correta a sentença que nomeia curador especial e fixa os limites do encargo observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, não se tratando de medida invasiva ou prejudicial à sua liberdade se poderá praticar todos os demais atos de vida civil como bem entender. III - *A tomada de decisão apoiada, enquanto procedimento judicial voluntário previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência e no art. 1.783-A do CCB/2002, depende da iniciativa e discernimento da pessoa com deficiência para ser requerida, quando entender que dela necessita, estando à disposição do curatelando, no caso concreto, em relação aos atos civis em que não foi detectado qualquer comprometimento da capacidade mental, tais como os relativos à sexualidade, matrimônio, mera administração e cunho eleitoral***.** (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1.0000.19.079555-9/001 - 6008644-81.2015.8.13.0027 (1)*. 7ª Câmara Cível. Relator: Des.(a) Peixoto Henriques. Data de julgamento: 14/04/2020. Data da publicação: 24/04/2020, grifo nosso)

1345 FIUZA, César. Tomada de decisão apoiada. *In*: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 132.

também, ser apresentado um termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido, bem como o compromisso dos apoiadores e o prazo durante o qual vigorará o acordo. É imprescindível que o referido laudo contemple a manifestação dos apoiadores de respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que será apoiada.

Pelo Enunciado nº 639 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, "a pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores."

Assim como na ação de curatela, na ação de tomada de decisão apoiada, cumpre ao juiz, assistido por equipe multidisciplinar, ouvir pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. Antes, porém, terá o juiz ouvido o Ministério Público.

Aliás, considerando a relação entre os institutos, Conrado Paulino da Rosa entende ser possível "a conversão da ação de curatela em tomada de decisão apoiada, sendo verdadeira, por igual, a recíproca."[1346] Desse modo, caso o juiz constatasse não se tratar de curatela, poderia converter o procedimento em tomada de decisão apoiada.

Sobre a fungibilidade entre a curatela e a tomada de decisão apoiada, Iara Antunes de Souza e Priscilla Jordanne Silva Oliveira lecionam que:

> A conversão permite, portanto, que seja atribuída a medida de cuidado adequada à pessoa com deficiência sem prejuízo da celeridade e da economia processual e, nesse sentido, compreende-se que, se proposta uma ação de interdição, quando verificada, exemplificativamente, a capacidade da pessoa com deficiência para exprimir vontade em âmbito negocial, pode ser a pessoa com deficiência questionada acerca de seu interesse de constituir apoiadores para tomada de suas decisões naqueles atos (já que, no caso, a legitimidade para a TDA é dela) Além disso, é possível compreender a possibilidade de, em consideração ao grau de discernimento da pessoa com deficiência para exprimir a sua vontade de forma distinta em âmbito existencial e patrimonial, conceder a ela, simultaneamente, apoiadores e curadores.[1347]

Luíza Resende Guimarães e Mariana Alves Lara advogam, em qualquer situação, a impossibilidade de conversão da tomada de decisão apoiada em curatela,

---

1346 Conrado Paulino da Rosa acrescenta: "Processualmente, inclusive, é possível o reconhecimento dessa conversão porque se tratam, ambas as medidas, de procedimentos de jurisdição voluntária, que não está adstrito à legalidade estrita, admitindo decisão por equidade (CPC, art. 723, Parágrafo Único). Assim, é possível ao juiz, percebendo que não se trata de caso de curatela (porque, por exemplo, a pessoa pode exprimir vontade), converter o procedimento em tomada de decisão apoiada e nomear apoiadores para a pessoa com deficiência ou, notando que a pessoa não pode exteriorizar sua vontade, converter em ação de curatela. (ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 737.)

1347 SOUZA, Iara Antunes de; OLIVEIRA, Priscilla Jordanne Silva. A (in)fungibilidade entre a curatela e a tomada de decisão apoiada: capacidade e sistema de apoio das pessoas com deficiência. *In*: LARA, Mariana Alves; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito das famílias e das sucessões: contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC MINAS, UFMG e UFOP. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 113.

seja por decisão *ex officio* do magistrado ou a partir de requerimento do Ministério Público ou de qualquer dos legitimados indicados no art. 747 do CPC, nos seguintes termos: "caso o pedido de tomada de decisão apoiada seja considerado inadequado em razão da constatação, por equipe multidisciplinar, de déficits cognitivos severos, deve o juiz negar o pleito. Se os legitimados para a ação de curatela decidirem requerê-la, dá-se início a um novo processo."[1348]

Já em relação à conversão da curatela em TDA, assim se manifestam as autoras:

> No mesmo sentido, se, em um processo de interdição, restar constatado que a pessoa conserva sua capacidade de agir, o pleito deve ser indeferido e, se desejar, o sujeito afetado dará entrada no processo para instauração da TDA. Caso contrário, a princípio, seguirá capaz para os atos da vida civil sem o apoio, visto que não desejá-lo também é seu direito. É possível, no entanto, atendendo ao princípio da economia processual, admitir a fungibilidade em uma hipótese bem específica. Trata-se da conversão da curatela em TDA, caso o próprio interditando manifeste-se no processo opondo-se ao pedido de curatela e requerendo a medida de apoio, desde que cumpra todos os requisitos do art. 1.783-A do Código Civil, como a indicação dos apoiadores e a apresentação do termo de apoio. Nesse caso, respeita-se o ato de vontade da pessoa com deficiência e migra-se de uma medida mais gravosa e excepcional de substituição de vontade para uma medida de apoio.[1349]

Os parágrafos 4º, 5º e 6º do artigo 1.783-A tratam dos efeitos da decisão tomada por pessoa apoiada. Nesse sentido, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado, terá validade e efeitos sobre terceiros a decisão tomada por pessoa apoiada. É lícito que os terceiros com que a pessoa apoiada mantenha relações negociais solicitem que os apoiadores contra-assinem os contratos ou acordos celebrados indicando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

Quando houver divergências entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores sobre negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, caberá ao juiz decidir sobre a questão, ouvindo, para tanto, o Ministério Público.

A destituição do apoiador pode se dar se comprovada qualquer uma das seguintes hipóteses: negligência, inadimplemento das obrigações assumidas ou em caso de exercício de pressão indevida sobre a pessoa apoiada, que poderá denunciar o apoiador ao Ministério Público ou ao juiz. A legitimidade para a referida denúncia

---

1348 GUIMARÃES, Luíza Resende; LARA, Mariana Alves. A coexistência entre curatela e tomada de decisão apoiada: semelhanças, diferenças e a questão da (in)fungibilidade. *In*: LARA, Mariana Alves; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias e das sucessões:* contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC MINAS, UFMG e UFOP. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 246.

1349 GUIMARÃES, Luíza Resende; LARA, Mariana Alves. A coexistência entre curatela e tomada de decisão apoiada: semelhanças, diferenças e a questão da (in)fungibilidade. *In*: LARA, Mariana Alves; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias e das sucessões:* contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC MINAS, UFMG e UFOP. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 246-247.

é ampla, pois qualquer pessoa pode denunciar o apoiador que tenha se comportado negligentemente, tenha sido inadimplente ou que tenha exercido pressão indevida sobre a pessoa por ele apoiada.

Comprovada a denúncia, o apoiador será destituído pelo juiz, que deverá ouvir a pessoa apoiada e, se for do interesse dela, nomear outra pessoa que lhe preste apoio.

Além desses casos, o próprio apoiador tem liberdade para solicitar sua exclusão do processo de tomada de decisão apoiada. Nesse sentido, é interessante observar que a parte final do parágrafo 10 do artigo 1.783-A do Código Civil condiciona o desligamento à manifestação do juiz sobre a matéria. Parece mais adequado interpretar esse trecho do dispositivo como uma hipótese de homologação do pedido de desligamento do apoiador, pois, na preservação dos interesses da pessoa apoiada, poderia não ser saudável a manutenção de uma pessoa que já demonstrou interesse em se desincumbir do papel de apoiador.

O término do acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada também pode se dar por iniciativa da pessoa apoiada, nos termos do parágrafo nono do artigo 1.783-A. A pessoa apoiada não está vinculada ao prazo mencionado no termo apresentado quando do ajuizamento do processo. A qualquer tempo, se for de sua vontade, é possível que postule a fim de ver encerrado o acordo.

Por fim, de acordo com o parágrafo 11 do artigo 1.783-A do Código Civil, os apoiadores também devem prestar contas de seu ofício e as normas que regem a prestação de contas na curatela são aplicáveis, no que couber, à tomada de decisão apoiada.

## 15.9. Jurisprudência sumulada

**STJ - Súmula 99:** O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte. Data da Decisão: 14/04/1994.

## 15.10. Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

*a) Jornadas de Direito Civil*

**Enunciado 662 aprovado na IX Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 932: A responsabilidade civil indireta do curador pelos danos causados pelo curatelado está adstrita ao âmbito de incidência da curatela tal qual fixado na sentença de interdição, considerando o art. 85, caput e §1º, da Lei n. 13.146/2015.

**Enunciado 640 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela.

**Enunciado 639 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.783-A. A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.

**Enunciado 638 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.775. A ordem de preferência de nomeação do curador do art. 1.775 do Código Civil deve ser observada quando atender ao melhor interesse do curatelado, considerando suas vontades e preferências, nos termos do art. 755, II, e § 1º, do CPC.

**Enunciado 637 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.767. Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade.

**Enunciado 574 aprovado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.772. A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772). Obs. Artigo revogado pela Lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil.

**Enunciado 528 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Arts. 1.729, parágrafo único, e 1.857. É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado "testamento vital", em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

**Enunciado 138 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.

*b) Jornada de Direito Processual Civil*

**Enunciado 57 aprovado na I Jornada de Direito Processual Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Todos os legitimados a promover a curatela, cujo rol deve incluir o próprio sujeito a ser curatelado, também o são para realizar o pedido do seu levantamento.

# 16 Bem de Família

## 16.1. Noções gerais e fundamentos

A ideia original do que hoje se denomina bem de família é noticiada por vários autores como sendo própria do instituto *homestead exemptio act*, surgido no Texas, no ano de 1839, quando ainda esse território nem sequer pertencia aos Estados Unidos da América. À época, o que se pretendia era fixarem-se as famílias naquele local, evitando o êxodo em função da crise econômica que assolava tal região. Para tanto, o bem de família surgiu como recurso a garantir, por simples decorrência legal, que o imóvel no qual se situava a família e os móveis que o guarneciam não seriam perdidos por execuções judiciais – muito frequentes em virtude da generalizada insolvência que se vivenciava. Nota-se, assim, que o nativo fundamento do bem de família era o interesse público de povoamento cuja solução, no entanto, serviu, reflexamente, a preservar a moradia dos grupos familiares.

No direito brasileiro, o bem de família já é previsto desde o Código Civil de 1916. Nesse diploma, distintivamente da noção originária, ele foi admitido como alternativa disponível aos *chefes de família* e, deste modo, carecendo sua constituição de iniciativa individual, foi escassamente utilizado. Essa normativa é hoje, porém, revogada e o disciplinamento do referido instituto se encontra distribuído entre a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, e o Código Civil de 2002 (art. 1.711 a 1.722).

É interessante notar que, a despeito de não ter sido a Lei nº 8.009/90 a norma que inaugurou o bem de família no Brasil, as razões que justificaram sua edição mostram-se bastante próximas àquelas que geraram o *homestead exemptio act* e, por efeito, também são mais próximos os delineamentos desses dois recursos jurídicos. Na década de 90, os níveis de inflação apresentavam-se alarmantes e, com eles, a realidade de um colapso econômico era efetivamente comprometedora de qualquer estabilidade social. Por conseguinte, a necessidade de preservar uma estrutura mínima de vida às pessoas emergiu mais patente e dentro dela foi destacada a garantia da residência.

Como tal proteção carecia ter maior efetividade que a dispensada pelo Código Civil vigente à época (1916), instituiu-se uma nova classe de bem de família, que passou a dispensar, até mesmo, qualquer providência dos interessados para sua constituição. Verificados os caracteres exigidos legalmente, a respectiva proteção surge como automática consequência jurídica, tal qual previa o decreto texano de 1839. Todavia, ainda que os motivos e a solução sejam similares, o propósito de assegurar condições subjetivas subsistenciais, nesse contexto nacional, parece ter emergido em primeiro plano e não apenas como repercussão de uma tentativa de atender a dado interesse público – como o de povoamento.

Ao lado dessa disciplina jurídica presente na lei extravagante, o Código Civil atual mantém a previsão de outro tipo de bem de família – em parte de forma idêntica ao Código anterior, em parte com inovações. Nos seus moldes, a criação da garantia requer providência individual que atenda a certos requisitos legais. Dito de outra forma, o bem de família do vigente código se institui apenas quando o proprietário manifesta sua vontade solenemente e quando essa vontade satisfaz algumas condições especiais, legalmente previstas, como não ultrapassar o valor de um terço do patrimônio líquido do instituidor, ao tempo da instituição, por exemplo.[1350] De qualquer forma, ainda que essas peculiaridades existam no bem de família codicista, o mesmo objetivo de garantir uma infraestrutura vital aos respectivos titulares, verificado na Lei nº 8.009/90, está também aqui presente.

De fato, em se tratando de tipos diversos, mas comuns em gênero, deduz-se, com facilidade teórica, que estes bens de família compreendem equivalente substrato. Os desdobramentos que o substrato apresenta, porém, é que são diferenciais e dão, por consequência, a nota distintiva das espécies.

Como dito, a razão de que compartilham atine à finalidade de assegurar aos favorecidos um estado que patrocine o percurso de contínua formação de personalidades. Daí se pressupor um conjunto de bens que sirva de arrimo para instalação pessoal, um local onde se possa sediar um ambiente referencial constitutivo; é dizer, um lar. O bem de família, em geral, é isso: um recurso[1351] do qual o ordenamento jurídico se vale para realizar uma das mais importantes garantias fundamentais, qual seja o direito à moradia,[1352] um consectário íntimo do compromisso constitucional de uma ampla promoção da pessoa humana:

---

1350 Essa é a redação do artigo 1.711 do Código Civil.

1351 Leonardo Barreto Moreira Alves faz interessante análise acerca das teorias do umbral do acesso ao direito civil e do estatuto jurídico do patrimônio mínimo, relacionando-as ao tema bem de família legal, cuja instituição "garantiu a um maior número de famílias a efetiva proteção oferecida por este instituto, o que não ocorria na vigência do Código Civil de 1916, época em que o bem de família convencional ali disciplinado era pouco utilizado na prática." Alves explica a teoria do umbral citando um exemplo de Ricardo Luís Lorenzetti, autor da teoria, segundo o qual, "o Direito Civil seria como um hotel de luxo, local, em tese, aberto a qualquer pessoa, mas efetivamente frequentado apenas por aqueles que podem pagar pelo valor da hospedagem. No caso do Direito Civil, menciona-se que o Código Civil de 1916, nas palavras de Gustavo Tepedino, consagrava quatro personagens básicos, o marido, o proprietário, o contratante e o testador, já que "estipulava em pormenores as regras sobre o casamento, a aquisição da propriedade, os requisitos de validade dos contratos e as formas de testamento", mas "não se preocupava (...) se as pessoas tinham acesso a tais institutos jurídicos"". Alves conclui, por fim, que "a teoria do umbral de acesso ao Direito Civil deve ser utilizada como um complemento, um aperfeiçoamento da teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo: de fato, é indiscutível que, com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o ordenamento deve garantir a todos um patrimônio mínimo para atendimento das suas necessidades mais elementares; destarte, para que tal tutela seja alcançada, é indispensável que os cidadãos efetivamente (e não por ficção jurídica, como sói ocorrer) tenham acesso a tal instituto jurídico ou, do contrário, este segunda teoria será absolutamente inócua."(ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1535, 14 set. 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10406. Acesso em: 15 ago. 2021.)

1352 Constituição Federal. "Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção

> Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.[1353]

Ainda nessa perspectiva, o bem de família atende à noção de patrimônio mínimo, defendida por Luiz Edson Fachin, segundo a qual é imperioso assegurar às pessoas um conjunto patrimonial capaz de propiciar-lhes condições materiais indispensáveis a uma adequada existência e sobrevivência.[1354] Nessa feita, ainda que o bem de família não seja uma iniciativa jurídica que dê oportunidade de obtenção desta fortuna patrimonial pelos que ainda não a têm, serve à função de impedir a sua perda por aqueles que já a adquiriram.

A propósito ainda do patrimônio mínimo, importante salientar que consiste, simultaneamente, a fundamento comum e a fonte dos aspectos distintivos das modalidades do bem de família. É dos seus desdobramentos que se extraem as singularidades da espécie prevista na Lei nº 8.009/90 em comparação com a disciplinada pelo Código Civil. As expressões de defesa de um patrimônio mínimo são dissociadas no bem de família legal e no bem de família voluntário, respectivamente.

No primeiro tipo, é perceptível que a legislação se limita a assegurar a estrutura física residencial, posta como tal. A Lei nº 8.009/90 é bastante clara neste sentido ao determinar que a proteção abrange o imóvel e aquilo que a ele se adere como instrumental elementar de sua utilização[1355] ou, na falta da propriedade imobiliária, apenas este último conjunto de bens.[1356]

Já na espécie voluntária do bem de família, o Código Civil é mais aberto. Admite, para além da base objetiva da moradia, que a proteção se estenda a valores mobiliários que sirvam não só à manutenção do lar, como ao próprio sustento das pessoas residentes.[1357] Sendo assim, é sensível que a preocupação com o patrimônio

---

à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)" (grifo nosso)

1353 SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na constituição:* algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Disponível em: http://www.iargs.com.br. Acesso em: 23 abr. 2009, p. 8.

1354 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

1355 Lei nº 8.009/90. Art. 1º, parágrafo único: "A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados."

1356 Lei nº 8.009/90. Art. 2º, parágrafo único: "No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo."

1357 Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

mínimo, nesse caso, seja mais refinada. Ainda que a moradia esteja também protegida aqui, as pessoas são cuidadas em maior amplitude, por meio de uma compreensão mais extensiva de sobrevivência.

Posto tudo isso, é possível concluir que o bem de família é, em gênero, um valioso instrumento jurídico de proteção do direito fundamental à moradia e do direito ao patrimônio mínimo que, em suas espécies, apresenta serventias particulares: "o bem de família legal tem por finalidade a proteção da moradia da família, enquanto o bem de família voluntário visa à proteção da base econômica mínima da família."[1358]

## 16.2. Definição e terminologia

Em gênero, pode-se definir o bem de família da seguinte forma: é o conjunto de bens que, nos limites da permissão legal, pode ser afetado à proteção subjetiva, tornando-se, em regra, isentos de execuções creditícias, isto é, impenhoráveis.

Atinente a suas espécies, algumas peculiaridades podem-se acrescentar à definição. No bem de família legal, a afetação patrimonial deriva imediatamente da lei, dispensadas quaisquer providências dos interessados. O bem de família voluntário, diferentemente, somente se constitui por iniciativa do proprietário, que deve atender a certas formalidades e, ao lado da impenhorabilidade, gera também o efeito de inalienabilidade, por razões que logo se explicará.

No que diz respeito à terminologia, é sedimentada a expressão *bem de família* para intitular esse instituto jurídico. Sendo pacificada a questão, não seria ela sequer merecedora de nota. Todavia, pensa-se ser cabível aqui uma reflexão que carrega consigo – crê-se – grande utilidade, não só teórica, mas, sobretudo, prática: por que bem *de família*?

Certamente a resposta que advirá de imediato será: bem de família porque esta é a titular da garantia; é em função do grupo familiar que a proteção se institui. Correta e suficiente seria tal conclusão, não fosse a propriedade dos fundamentos desse instituto e a consequente aplicação que os tribunais superiores vêm lhe concedendo, reiteradamente.

Sendo o *bem de família* embasado em direitos de titularidade individual, não é razoável pressupor que a titularidade dele próprio seja necessariamente coletiva. Ainda que o mesmo conjunto patrimonial possa beneficiar várias pessoas – e é exatamente isso que se dá numa entidade familiar qualquer –; o que não parece adequado é assumir tal pluralidade como condição essencial para se tornar titular desse direito. Afinal, se o propósito é garantir moradia e condições vitais mínimas de sobrevivência, soa ilógico dizer que apenas carecem dessa proteção aqueles que constituam um grupo familiar. É preciso reconhecer que a necessidade é de ordem pessoal. E tanto assim que, mesmo diante de uma família, em qualquer de suas possíveis estruturas,[1359] como ela é compreendida hoje numa perspectiva

1358 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: volume 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

1359 Nesse ponto, ainda que considerando ser a proteção destinada à família – com o que não

funcionalizada, os que sobressaem são os familiares. Logo, também nesse caso, é em prol das pessoas que o direito vai se estruturar.

A jurisprudência tem se posicionado igualmente nesse sentido e já há bastante tempo, como se pode vislumbrar no seguinte caso:

> PROCESSUAL – EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL - RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/90. A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário.[1360]

A propósito, inclusive, em 03 de novembro de 2008, dada a considerável reiteração de julgados com a mesma conclusão, foi editado pelo Superior Tribunal de Justiça enunciado a esse respeito. A Súmula 364 finalmente pacifica que "o conceito de impenhorabilidade do bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas." Ainda neste sentido, de acordo com o Informativo nº 543 do STJ, a Primeira Seção do tribunal julgou, em de maio de 2014, o EREsp 1.216.187-SC, reforçando a conclusão contida na Súmula 364.

Diante de tudo isso, é inevitável questionar a adequação da terminologia. Visto que a proteção é de titularidade individual, persistir no uso da expressão *bem de família* apenas contribui para compreensão desordenada e confusa do instituto. Sugere-se, assim, a adoção do termo *bem para tutela pessoal*, o qual, a partir de então, será utilizado nesta obra.

## 16.3. Espécies

Do panorama jurídico nacional, como hoje emoldurado, inferem-se duas espécies de bem para tutela pessoal: um que deriva imediatamente da lei; outro que pressupõe uma hábil manifestação de vontade constitutiva. Denominam-se, respectivamente, bem para tutela pessoal legal e bem para tutela pessoal voluntário.

A eles são correspondentes duas disciplinas jurídicas peculiares, as quais serão individualmente analisadas em seguida. Antes disso, porém, é preciso fazer importante ressalva. Ainda que o sistema normativo conceda dupla modalidade

---

se concorda –, Rolf Madaleno formula importante observação a respeito do tipo de entidade. Para o autor, a tutela jurídica não se dirige à forma de constituição familiar, sendo tal aspecto para tanto completamente irrelevante. (MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, *E-book*.). No mesmo sentido está ainda: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 756-757; TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito de família. v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 738.

1360 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REesp. 182.223/SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 06/02/02. *Diário de Justiça da União,* Brasília, 07 abr. 2003).

do instituto, dado que a proteção promovida por qualquer delas é similar e tem o mesmo propósito, é de se reconhecer que elas são, entre si, excludentes.

O bem para tutela pessoal legal existe por imediata decorrência da constatação no plano fático dos critérios jurídicos e, nessa medida, compreende restrita amplitude protetiva. O bem para tutela pessoal voluntário, por sua vez, emerge como consequência de uma série de providências volitivas prévias e, assim, pode compreender uma garantia mais extensiva. Logo, sem qualquer prejuízo da mínima tutela que o ordenamento jurídico dispensa às pessoas residentes – em imóvel próprio – pode tal proteção ser *substituída* por outra, de mesma natureza, mas de conteúdo um pouco diverso, caso assim queira o proprietário. "Instituído o bem de família [bem para tutela pessoal] voluntário, que permite maior imunização patrimonial à penhora, não mais incidirá a garantia do bem de família legal."[1361]

Assim porque, vale lembrar, o principal efeito que o bem para tutela pessoal gera é a exclusão, em regra, do patrimônio afetado da garantia dos credores. A impenhorabilidade obsta que sejam tais bens convertidos para pagamento das dívidas do seu titular. Em consequência, admitir a duplicidade de espécies equivaleria a uma extensão excessiva da garantia em flagrante fraude creditória, o que parece inconcebível em um sistema normativo que veda o enriquecimento sem causa.

Dessa maneira, é preciso cautela na leitura do artigo 1.711 do Código Civil. Quando essa norma enuncia "mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial", ela determina tão somente a persistência do tipo legal de bem para tutela pessoal, em abstrato, concomitantemente à modalidade voluntária. O que simplesmente essa parte do artigo esclarece é que a Lei nº 8.009/90 não se revoga pela nova disciplina trazida pelo diploma civilista. "O Código Civil de 2002 manteve a dualidade de regimes, não tendo disciplinado o bem de família [bem para tutela pessoal] legal, que permanece submetido à norma específica."[1362]

Posto tudo isso, passa-se à análise da dualidade teórica, consciente da viabilidade concreta apenas singular.

### 16.3.1. Bem para tutela pessoal legal

O bem para tutela pessoal legal dispensa qualquer ato constitutivo por parte do titular, decorrendo automaticamente da norma jurídica, quando constatada a situação fática nela descrita. A publicidade de sua existência, por sua vez, tão elementar à oponibilidade *erga omnes* do efeito de impenhorabilidade, deriva também da própria lei, haja vista que a ninguém é dado o direito de se esquivar dos comandos jurídico-normativos por alegação de seu desconhecimento.

Em conformidade com a Lei nº 8.009/90, o bem para tutela pessoal poderá ter por objeto o imóvel residencial em conjunto com os móveis que o guarnecem,

1361 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: v. 5: Famílias. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

1362 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 883.

bem como com as acessões e equipamentos. Para tanto, é necessário apenas que a propriedade de tais bens seja titularizada por qualquer das pessoas residentes. Isso é o que se extrai do parágrafo único dos artigos 1º e 2º desta mesma Lei quando asseveram, respectivamente, a necessidade de quitação dos bens para a incidência protetiva, bem como sua restrição àquilo que for de domínio do locatário, na hipótese de moradia alugada.

A justificativa para tanto é mesmo óbvia. Afinal, se o benefício da impenhorabilidade, derivado da qualificação do bem para tutela pessoal, corresponde à garantia de manutenção da propriedade, se não há titularidade desta, a garantia torna-se inviável. Não se pode assegurar que alguém não vai perder algo do qual não é dono. Lembre-se de que, como dito anteriormente, o bem para tutela pessoal é um recurso de proteção ao patrimônio mínimo que já seja próprio, sendo completamente ineficaz para a aquisição ainda não procedida.

Por outro lado, caso existam duas ou mais propriedades imobiliárias, apenas será considerada, para instituição do bem para tutela pessoal legal, aquela na qual tenham a pessoa titular e sua família (caso exista) estabelecido domicílio. Para tanto, é indiferente o fato de o imóvel ser o de maior ou menor valor. Já na hipótese de serem várias propriedades, simultaneamente utilizadas como residência, a proteção recairá sobre a de menor valor, excetuada a hipótese de destinação de outra como bem para tutela pessoal voluntário.[1363]

As acessões a que se estende o bem para tutela pessoal legal abrangem tanto as construções e as plantações quanto as benfeitorias de qualquer natureza, isto é, necessárias, úteis ou mesmo voluptuárias. Vale destacar, no entanto, quanto a estas últimas, a exclusão prevista no *caput* do artigo 2º. Segundo tal dispositivo, os adornos suntuosos e as obras de arte não se incluem na proteção.

No que tange aos equipamentos – entendidos como móveis de utilidades específicas, frutos da tecnologia[1364] – admite-se sua proteção ainda que tenham destinação profissional. Desta maneira, "a lei considera que o uso profissional desses equipamentos reverte-se em benefícios para a família, contribuindo para seu sustento, devendo ficar imunes à penhora."[1365]

Não é demais realçar, porém, que estas proteções mobiliárias, também inseridas no conceito de bem para tutela pessoal legal, representam apenas um reforço de outra já prevista no artigo 833 do Código de Processo Civil. Segundo as próprias regras processuais, excluem-se da penhora executiva "os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;" (inciso V) e "os

1363 Lei nº 8.009/90. "Art. 5º. Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil."

1364 A definição é de autoria de Paulo Lôbo (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: Famílias. v.5. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.).

1365 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: Famílias. v.5. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;" (inciso II).

A propósito, esse último dispositivo soa bastante relevante a delimitar o conteúdo do bem para tutela pessoal legal. É preciso reconhecer, como lembram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que "tendo sido concebida a impenhorabilidade para conferir funcionalidade ao lar, se a residência é guarnecida com vários utilitários de mesma espécie, a impenhorabilidade somente incidirá sobre uma unidade de cada bem, sendo possível a penhora do que lhe exceder."[1366] Na mesma esteira, concorda-se com tais autores quando defendem que, mesmo sendo único, se dado bem for de considerável valor, a superar o padrão médio de vida, tem-se por viável a penhora.[1367] Nesse caso, porém, o objetivo será de apuração do excedente, admitindo-se que o restante, suficiente para aquisição de um objeto mediano, possa ser restituído ao titular.

Lembre-se de que a supressão de bens da garantia creditória é medida excepcional. Não se deve deixar o credor desprovido de quaisquer alternativas para satisfação do seu crédito. Isso equivaleria a negar a ele o mesmo direito ao patrimônio mínimo. O bem para tutela pessoal não pode corresponder a instrumento de fraude.

Contudo, tem-se decidido, reiteradamente, que mesmo o bem de família de valor vultoso não pode ser penhorado:

> PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. VALOR VULTOSO. Na espécie, o mérito da controvérsia é saber se o imóvel levado à constrição situado em bairro nobre de capital e com valor elevado pode ser considerado bem de família para efeito da proteção legal de impenhorabilidade, caso em que não há precedente específico sobre o tema no STJ. Ressalta o Min. Relator que, nos autos, é incontroverso o fato de o executado não dispor de outros bens capazes de garantir a execução e que a Lei n. 8.009/1990 não distingue entre imóvel valioso ou não, para efeito da proteção legal da moradia. Logo o fato de ser valioso o imóvel não retira sua condição de bem de família impenhorável. Com esse entendimento, a Turma conheceu em parte do recurso e lhe deu provimento para restabelecer a sentença. Precedentes citados do STF: RE 407.688-8-SP, DJ 6/10/2006; do STJ: REsp 1.024.394-RS, DJe 14/3/2008; REsp 831.811-SP, DJe 5/8/2008; AgRg no Ag 426.422-PR, DJe 12/11/2009; REsp 1.087.727-GO, DJe 16/11/2009, e REsp 1.114.719-SP, DJe 29/6/2009.[1368]

Em que pese tal posicionamento, o certo é que a própria lei disciplinadora cita uma hipótese em que isso se verifica para negar expressamente a respectiva proteção. Não obtém garantia de impenhorabilidade aquele que, sabendo-se

---

1366 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 893-894.

1367 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 894.

1368 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 715.259-SP*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 5/8/2010.

insolvente, adquire propriedade imóvel mais valiosa para transferir-lhe a residência e aumentar a isenção executiva, em prejuízo de seus credores.[1369]

Sob esse mesmo designo de proteger o credor, mas agora em função da natureza do seu crédito ou da ligação deste com o próprio bem – e não contra a fraude – há outras situações, anunciadas no artigo 3º da Lei nº 8.009/90, nas quais a impenhorabilidade não se aplica, embora o bem para tutela pessoal se caracterize. A constrição judicial desse bem não será impedida: quando da execução do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato (inciso II); no caso de execução do crédito de pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida (inciso III); na cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar (inciso IV); na execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar (inciso V); por ter sido o imóvel adquirido com produto de crime ou quando a execução for de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens (inciso VI); e, por fim, quando a obrigação exigida decorrer de fiança concedida em contrato de locação (inciso VII).

O inciso I do artigo 3º da Lei nº 8.009/1990 foi revogado pela Lei Complementar nº 150/2015, que, entre outras providências, dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico. O dispositivo revogado consistia na impossibilidade de se invocar a impenhorabilidade nas execuções movidas em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias. Assim, não é mais admissível a "penhora do bem de família para o pagamento de dívidas trabalhistas de empregados do âmbito do lar, mantendo-se a regra geral de sua impenhorabilidade"[1370], o que é considerado por Flávio Tartuce como uma inovação que "veio em boa hora, pois a tutela da moradia deve, de fato, prevalecer sobre os créditos trabalhistas de qualquer natureza."[1371]

O elenco é taxativo, merecendo interpretação restritiva, sem ampliações, dada a relevância dos direitos que o bem para tutela pessoal procura proteger. Em relação a seu conteúdo, a última exceção é especialmente alvo de controvérsias.

Excluir a impenhorabilidade sobre o bem para tutela pessoal do fiador de contrato imobiliário equivale a um grande contrassenso. A fiança protege o locatário do despejo e assim evita que ele perca sua moradia. No entanto, a moradia daquele que gratuitamente concede essa garantia ao locatário não se preserva, já que a

1369 Lei nº 8.009/90. Art. 4º. Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.
§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

1370 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 905.

1371 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito de família. v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 748.

configuração do seu bem para tutela pessoal não se opõe ao locador que exige o seu crédito. Flagrante sendo o tratamento desproporcional, em prioridade à moradia do locatário e em detrimento da do fiador, flagrante é a inconstitucionalidade dessa exceção legal. Foi assim que se posicionou o Supremo Tribunal Federal no RE 352.940-4/SP, datado de 25 de abril de 2005. No ano seguinte, todavia, a Corte reviu seu posicionamento e passou a entender que o inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90 em nada contraria a ordem constitucional.[1372] Esse raciocínio permaneceu, sendo visto nos julgamentos posteriores.[1373] No julgamento do REsp 1.363.368-M, em 12/11/2014, a Segunda Seção do STJ reforçou ser "legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990"[1374].

1372 FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407688. Relator: Ministro. Cezar Peluso, julgado em 08/02/2006. *Diário da Justiça,* Brasília, 06 out. 2006).

1373 Agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Certidão de intimação do acórdão impugnado. Existência. Comprovação. Demonstrada a existência de peça obrigatória ao agravo de instrumento, deve ser apreciado o recurso. 2. FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Agravo regimental improvido. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. AI 584436. AgR/RJ. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgado em 03/02/2009. *Diário da Justiça,* Brasília, 13 mar. 2009).

1374 A ementa do julgamento, que foi publicada no Informativo de Jurisprudência nº 522 do STJ, em 17/12/2014, tem a seguinte redação:
DIREITO CIVIL. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA PERTENCENTE A FIADOR. RECURSOREPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990. A Lei 8.009/1990 institui a proteção legal do bem de família como instrumento de tutela do direito fundamental à moradia da entidade familiar e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para uma vida digna. Nos termos do art. 1º da Lei 8.009/1990, o bem imóvel destinado à moradia da entidade familiar é impenhorável e não responderá pela dívida contraída pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas no art. 3º da aludida norma. Nessa linha, o art. 3º excetua, em seu inciso VII, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza a constrição de imóvel - considerado bem de família - de propriedade do fiador de contrato locatício. Convém ressaltar que o STF assentou a constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 em face do art. 6º da CF, que, a partir da edição da Emenda Constitucional 26/2000, incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais (RE 407.688-AC, Tribunal Pleno, DJ 6/10/2006 e RE 612.360-RG, Tribunal Pleno, DJe 3/9/2010). Precedentes citados: AgRg no REsp 1.347.068-SP, Terceira Turma, DJe15/9/2014; AgRg no AREsp 151.216-SP, Terceira Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 31.070-SP, Quarta Turma, DJe 25/10/2011; e AgRg no Ag 1.181.586-PR, Quarta Turma, DJe 12/4/2011. REsp1.363.368-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 12/11/2014. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência nº. 552*. Segunda Seção. REsp1.363.368-MS. Relator: Min. Luis

Em seguida, no ano de 2015, foi publicado o Enunciado nº 549 da Súmula do STJ, também orientado à intepretação de que "é válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação", e tendo como um de seus precedentes o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 624111 SP 2014/0306774-0.

No entanto, em 2018, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 605.709, a Primeira Turma do STF decidiu ser impenhorável o bem de família do fiador, mas, restringindo a impenhorabilidade à fiança prestada nas hipóteses de contratos de locação não residencial, conforme o Informativo nº 906[1375] do STF, divulgado em 19 de junho de 2018. Divergindo do Relator Ministro Dias Toffoli, que negava provimento ao recurso, a Ministra Rosa Weber, defendeu seu provimento, ao realçar que, no presente caso, as premissas fáticas são diferentes daquelas que orientaram o julgamento de recursos extraordinários anteriores, nos quais se discutiam contratos de locação residencial. Naquelas ocasiões (RE 407.688 e RE 612.360), segundo a Ministra, estavam contrapostos o direito à moradia de fiadores e o direito à moradia de locatários, o que não ocorre na hipótese de locação comercial. Nas palavras da Ministra Rosa Weber, que, ao final, fora acompanhada pelos Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio:

> A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício, com a vênia

Felipe Salomão, julgado em 12/11/2014, Brasília, 17/12/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270552%27. Acesso em: 25 ago. 2020).

1375 PRIMEIRA TURMA: DIREITO CIVIL – DIREITO DE FAMÍLIA
Impenhorabilidade do bem de família e contratos de locação comercial. Não é penhorável o bem de família do fiador, no caso de contratos de locação comercial. Com base neste entendimento, a Primeira Turma, por maioria e em conclusão de julgamento, deu provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de penhora de bem de família do fiador em contexto de locação comercial. Vencidos os ministros Dias Toffoli (relator) e Roberto Barroso que negaram provimento ao recurso. Ressaltaram que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador por débitos decorrentes do contrato de locação. A lógica do precedente é válida também para os contratos de locação comercial, na medida em que — embora não envolva o direito à moradia dos locatários — compreende o seu direito à livre iniciativa. A possibilidade de penhora do bem de família do fiador — que voluntariamente oferece seu patrimônio como garantia do débito — impulsiona o empreendedorismo, ao viabilizar a celebração de contratos de locação empresarial em termos mais favoráveis. Por outro lado, não há desproporcionalidade na exceção à impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8009/1990, art. 3º, VII [1]). O dispositivo legal é razoável ao abrir a exceção à fiança prestada voluntariamente para viabilizar a livre iniciativa. (1) Lei 8.009/1990: "Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...)VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação." RE 605709/SP, rel. Min. Dias Toffoli, red. p/ ac. Min. Rosa Weber, julgamento em 12.6.2018. (RE-605709) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF nº. 906*. 1ª Turma. RE 605709/SP. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 12/06/2018, Brasília, 11 a 15/06/2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo906.htm#Impenhorabilidade%20do%20bem%20de%20fam%C3%ADlia%20e%20contratos%20de%20loca%C3%A7%C3%A3o%20comercial. Acesso em: 25 ago. 2020.)

> dos que pensam em sentido contrário, não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Tal interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não foi, a meu juízo, recepcionada pela EC nº 26/2000. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário, vale recordar, não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não vislumbro, assim, justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador (garante), sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito fundamental à moradia.[1376]

Após vários julgamentos, em março de 2022, o STF decidiu pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação – seja residencial, seja comercial (Tema 1.127).

E, finalmente, em junho de 2022, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.091), fixou a tese de que é válida a penhora do bem de família de fiador dado em garantia em contrato de locação de imóvel – seja residencial ou comercial –, nos termos do artigo 3º, inciso VII, Lei 8.009/1990. Com isso, tem-se, por ora, encerradas as discussões sobre a (im)penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação residencial e não residencial. Tanto o STJ quanto o STF reconheceram a validade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação - seja residencial, seja comercial.

A extinção do bem para tutela pessoal legal, finalmente, apenas ocorrerá pelo término da propriedade do bem. Caso se proceda à alienação dominial voluntária ou compulsória – nas hipóteses legais de exceção à impenhorabilidade –, o bem para tutela pessoal legal se extingue por falta de objeto, permanecendo quanto aos que eventualmente restem (móveis e equipamentos), os quais fatalmente serão conjugados a outro imóvel, alugado ou em comodato.

Ainda sobre a extinção, é controvertida a hipótese de a instalação da moradia ser completamente suprimida por todos os beneficiários, quando o fazem para residir em outro imóvel alugado, por razões profissionais, de estudo, ou para arrendamento do próprio bem protegido a fim de obter renda adicional. Paulo Lôbo defende a manutenção da impenhorabilidade do imóvel deixado pelos interessados, nessas condições, se ele for único, por entender que a iniciativa não frauda credores e os aluguéis eventualmente auferidos pelo titular servirão à manutenção da residência sediada, justificadamente, em outro local.[1377] Comunga-se desse raciocínio nos seus estritos limites.[1378] O tema, inclusive, foi consolidado por meio da Súmula nº 486

---

1376 O inteiro teor dos votos do Relator Ministro Dias Toffoli, do Ministro Luís Roberto Barroso (voto-vista), da Ministra Rosa Weber e dos Ministros que a acompanharam, Marco Aurélio e Luiz Fux, está disponível no portal do Supremo Tribunal Federal, no seguinte endereço eletrônico, cuja leitura recomendamos: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339527780&ext=.pdf.

1377 LÔBO, Paulo. *Direito civil:* Famílias. v.5. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*

1378 Na mesma direção: "BEM DE FAMÍLIA. Locação. Transferência de domicílio. A

do STJ[1379], que teve com um de seus precedentes o julgamento do Recurso Especial 714515/SP, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior. A essa situação, Flávio Tartuce dá o nome de 'bem de família indireto' e defende a aplicação da mesma premissa aos casos em que o único imóvel do devedor esteja em usufruto, para fins de moradia de sua genitora, pessoa idosa, enquanto o nu-proprietário, por essa razão, habita imóvel alugado.[1380] [1381]

---

transferência de domicílio por necessidade de serviço, com a locação do imóvel residencial e aluguel de outro na nova cidade, não descaracteriza o primeiro como bem de família, que continua sendo a garantia da casa própria. Recurso conhecido pela divergência, mas improvido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 314142/PR*, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 12/06/2001, DJ 27/08/2001 p. 347, grifo nosso)

1379 Súmula nº 486 – STJ: É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

1380 TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito de família. v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 743.

1381 Tal situação foi objeto de apreciação pelo STJ quando do julgamento do Recurso Especial nº 950.663/SC, em abril de 2012, em decisão que privilegiou o direito à moradia da pessoa idosa, reconhecendo-o como um direito fundamental:
PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO. LEI 8.009/90. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. DEVEDOR NÃO RESIDENTE EM VIRTUDE DE USUFRUTO VITALÍCIO DO IMÓVEL EM BENEFÍCIO DE SUA GENITORA. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ESTATUTO DO IDOSO. IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL. 1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental. 2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família. 3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. Forçoso concluir, então, que a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990. 4. Ademais, no caso ora sob análise, o Tribunal de origem, com ampla cognição fático-probatória, entendeu pela impenhorabilidade do bem litigioso, consignando a inexistência de propriedade sobre outros imóveis. Infirmar tal decisão implicaria o revolvimento de fatos e provas, o que é defeso a esta Corte ante o teor da Súmula 7 do STJ. 5. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 950.663/SC,* Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

### 16.3.2. Bem para tutela pessoal voluntário

Por todo o exposto até então, fica claro que o bem para tutela pessoal é uma proteção gratuitamente oferecida ao proprietário e à sua família – com quem reside – pelo ordenamento jurídico. A espécie legal existe desde que as respectivas circunstâncias sejam notadas na realidade. Todavia, caso queira, o dono pode formular, a seu gosto, referida proteção, desde que o faça observando as limitações legais. Assim, como já se disse, instituir-se-á o bem para tutela pessoal voluntário, o qual prevalecerá, em detrimento do legal.

O exercício dessa faculdade jurídica pelo proprietário gera, porém, uma restrição especial que não se verifica no bem para tutela pessoal decorrente da lei. O bem para tutela pessoal voluntário é, em regra, inalienável. Isso equivale a dizer que a tutela jurídica, nesse caso, não gera apenas restrições aos credores do proprietário, mas também a ele próprio. Afinal, além de, em regra, impenhorável, o objeto não pode ser transferido a terceiro ou renunciado sem autorização judicial e oitiva do Ministério Público.

Embora essa consequência possa parecer despropositada, em princípio, em vista dos fundamentos da tutela jurídica visada, há uma considerável razão a sustentá-la. O que se pretende evitar é qualquer arbitrariedade na extinção da garantia, a comprometer o direito dos seus beneficiados – que, em regra, são vários – e a gerar considerável insegurança jurídica. Afinal, pense-se: se bastante fosse a vontade do dono, tanto para instituir quanto para extinguir, ele poderia fazê-lo a qualquer tempo, em quaisquer condições e quantas vezes lhe aprouvesse. Com isso, os beneficiários ora teriam a proteção com dado conteúdo (talvez maior, em vista da maior amplitude do objeto do bem para tutela pessoal voluntário), ora com outro (menor talvez, em se tratando do bem para tutela pessoal legal), ou com nenhum.

A inalienabilidade, dessa forma, é um ônus reunido ao bem para tutela pessoal voluntário que soa bastante razoável. Mormente porque não é absoluto. Conforme prescrevem os artigos 1.717 e 1.719 do Código Civil,[1382] havendo considerável motivação, consentimento dos interessados – por si ou por seu representante ou assistente – e concordância do Ministério Público, o ônus pode ser afastado, extinguindo-se tal bem para tutela pessoal ou sub-rogando-o a outro objeto.

Instituir voluntariamente o bem para tutela pessoal requer a observância de certas solenidades, as quais se calcam na necessidade da publicidade e da segurança jurídica. É possível criar tal garantia por intermédio ou de escritura pública, lavrada no cartório de notas, ou por testamento, em qualquer de suas modalidades. No primeiro caso, para instituição *inter vivos*; no segundo, *causa mortis*. Qualquer que seja a forma eleita, o título ainda há de ser registrado no Cartório de Imóveis para que

---

1382 Código Civil.
Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.
Art. 1.719. Comprovada a impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, ouvidos o instituidor e o Ministério Público.

a garantia passe a gerar seus efeitos com oponibilidade *erga omnes*.[1383] Tais efeitos, então, apenas alcançam as dívidas contraídas posteriormente; as que antecedem o registro são imunes à impenhorabilidade criada.[1384]

A legitimidade para realização do ato instituidor, indiferente seu estado civil, é do(s) proprietário(s) do(s) bem(s) sobre o(s) qual(quais) o bem para tutela pessoal recairá. Assim porque tal instituição representa restrição de direitos. Lembre-se de que, ao lado do benefício da impenhorabilidade, advirá o ônus da inalienabilidade.

Nesse sentido, não se pode concordar com os autores que dispensam a outorga conjugal para esse ato, sob o argumento de que ele, indubitavelmente, atende aos interesses do cônjuge ou companheiro não instituidor.[1385] Defende-se aqui o contrário: há necessidade de outorga uxória ou marital para constituir o bem para tutela pessoal voluntário, desde que, evidentemente, o cônjuge ou companheiro seja coproprietário do(s) objeto(s) ou tenha em relação a ele(s) direito de meação.

Ainda pelo mesmo argumento, caso o instituidor seja terceiro – na hipótese de testamento ou de doação por escritura pública – será preciso concordância de todos aqueles em favor de quem a transferência dominial é feita. Logo, se for ela realizada aos cônjuges ou companheiros, será necessária a concordância de ambos.[1386]

Os artigos 1.712 e 1.713 do Código Civil tratam do objeto do bem para tutela pessoal voluntário e enunciam sua peculiaridade: para além do imóvel residencial e tudo que a ele se adere para sua funcionalidade, é possível incluir valores mobiliários à garantia. Desde que tais valores correspondam a, no máximo, o valor da própria moradia, quando se instituiu o bem para tutela pessoal, e que se destinem exclusivamente ao sustento do(s) beneficiário(s) é permitido que a inalienabilidade e a impenhorabilidade os alcancem. Com isso, é notório que, realmente, esta segunda modalidade de bem para tutela pessoal serve, com maior efetividade que a primeira, a assegurar diretamente um patrimônio mínimo aos beneficiários, a permitir sua vital manutenção.

É no documento instituidor que se deve constar a relação dos bens, objeto da proteção. Uma vez arrolados também valores mobiliários, é preciso que já nesse ato se fixe a forma de administração deles e da distribuição de sua renda aos beneficiários. Importante destacar que, se a administração dos valores for confiada

---

1383 Código Civil. Art. 1.714. O bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis.

1384 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 748; LÔBO, Paulo. *Direito civil:* Famílias. v.5.10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*

1385 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 888; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1158. *E-book.*

1386 Código Civil. Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

à instituição financeira, a lei ainda concede a tal contrato as garantias inerentes ao depósito, a fim de diminuir os riscos dos beneficiários em virtude da especial qualidade do seu crédito – afetado às despesas de sustento pessoal.

A impenhorabilidade, própria do bem para tutela pessoal, nessa modalidade voluntária também sofre exceções. Todavia, elas são em menor número que aquelas previstas para a modalidade legal, o que faz crer que, nesse ponto, é vantajoso criar para si o benefício, ao invés de tê-lo decorrente imediato da lei. Os objetos sob os quais o bem para tutela pessoal voluntário recai apenas podem ser constritos judicialmente – penhorados – para pagamento de dívidas tributárias atinentes ao próprio imóvel ou de dívidas condominiais, também relativas ao mesmo.[1387] Tais exclusões à impenhorabilidade se justificam pela lógica de que só é possível falar em bem para tutela pessoal quando o direito à propriedade esteja saldado, já tendo sido plenamente adquirido pelo titular da garantia. Nesse viés, saldado está não só quando as despesas de aquisição tenham sido quitadas, mas também aquelas atinentes à manutenção do domínio e de seu exercício. Enquanto estas últimas não sejam satisfeitas a proteção se suspende em face dos credores delas.

Procedida a hasta pública, nesses casos, o saldo eventualmente remanescente não perde sua afetação, continuando destinado à proteção do mínimo vital dos beneficiários. Será usado para aquisição de outro imóvel residencial, caso seja para tanto suficiente, ou, não o sendo, será convertido em títulos da dívida pública, cuja renda se destinará à manutenção dos interessados.[1388] Em ambos os casos, a qualidade de bem para tutela pessoal do antigo objeto – penhorado e perdido – transfere-se ao novo, permanecendo idêntica a disciplina jurídica aplicada (regras do Código Civil).

Por fim, resta tratar acerca da extinção do bem para tutela pessoal voluntário. Segundo o artigo 1.722 do Código Civil, ela ocorrerá tão somente quando falecerem os cônjuges e quando os filhos adquirirem a maioridade e a respectiva capacidade plena. É preciso cuidado na compreensão desse dispositivo.

Assentado que o bem para tutela pessoal independe da existência de uma entidade familiar para configurar-se, mais adequado parece ser entender que ele terminará quando morto o(s) titular(es), tenha(m) qualidade de cônjuge ou companheiro ou nenhuma delas. Enquanto sobrevivente o proprietário e, se for mais de um, enquanto sobrevivente qualquer um deles, a garantia persiste porque permanente a necessidade de salvaguarda da moradia e do patrimônio mínimo dessas pessoas.

Posta a questão nesses termos, concorda-se com a observação feita por Maria Berenice Dias segundo a qual a limitação da eficácia à maioridade dos filhos não se justifica.[1389] Na falta do(s) ascendente(s) destes, adquirida, por sucessão,

---

1387 Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.

1388 Art. 1.715. [...]

Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz.

1389 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador:

a titularidade do bem para tutela pessoal,[1390] coerente é aplicar a mesma regra: enquanto qualquer deles existir e residir no imóvel, a garantia se mantém. Afinal, não se pode presumir que as necessidades que fundamentam o bem para tutela pessoal desapareçam com o advento da autonomia jurídica, resultado da obtenção de capacidade civil plena.

Adotando presunção oposta – de persistência da necessidade – o artigo 1.721 do Código Civil é acertado. Determina, com razão, que, quando os titulares se ligam pela sociedade conjugal – ou, em atenção ao princípio da pluralidade familiar, pelo vínculo de companheirismo –, seu fim não é motivo extintivo do bem para tutela pessoal. Desde que a titularidade do domínio persista com o cônjuge ou companheiro residente – término *inter vivos* por separação ou divórcio – ou sobrevivente – término *causa mortis* – o bem para tutela pessoal é mantido. Só não o será se, nesse último caso em que a sociedade conjugal ou o vínculo de companheirismo se extinguiu pela morte, o supérstite solicitar a extinção da garantia, direito que lhe assiste se o objeto do bem para tutela pessoal for o único do casal.[1391]

Por fim, como já dito anteriormente, uma última causa de extinção do bem para tutela pessoal voluntário é a excessiva onerosidade de sua manutenção. Verificada tal circunstância, é preciso promover uma solicitação judicial, na qual se deve certificar a concordância de todos os beneficiários com a extinção e obter a aquiescência do Ministério Público. Satisfeitas tais condições, liberam-se os bens sobre os quais a proteção recaía, restabelecendo-se a alienabilidade e a inerente penhorabilidade deles.

## 16.4. Jurisprudência sumulada

**STJ - Súmula 549**: É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. Data da Decisão: 14/10/2015.

**STJ - Súmula 486**: É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família. Data da Decisão: 28/06/2012.

---

Editora JusPodivm, 2020, p. 751.

1390 Vale esclarecer, aqui, que o raciocínio proposto não desmerece as regras sucessórias que, naturalmente, serão aplicadas na hipótese. Dessa forma, quando se admite que o bem para tutela pessoal pode surgir em favor dos filhos do sucedido, ainda que maiores, pressupõe-se que *a propriedade imobiliária foi por eles adquirida na morte do dono*. Isso significa que já deve ter havido a satisfação de todos os credores do *de cujus*. Logo, só consolidará tal proteção quando o imóvel residencial não tiver sido usado para o pagamento das dívidas presentes na herança e tiver sua propriedade sido transmitida aos herdeiros. Permita-se insistir que *o bem para tutela pessoal, nessas circunstâncias, não se transfere* do falecido aos sucessores familiares com quem residia. Ele finaliza com a morte do seu dono, podendo ressurgir para o novo proprietário, sucessor, que satisfizer a condição exigida, qual seja instalação de moradia permanente.

1391 Art. 1.721. A dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família.

Parágrafo único. Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal.

**STJ - Súmula 449**: A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora. Data da Decisão: 02/06/2010.

**STJ – Súmula 364**: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Data da Decisão: 15/10/2008.

**STJ – Súmula 205**: A Lei nº 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência. Data da Decisão: 01/04/1998.

**STJ - Súmula 99**: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte. Data da Decisão: 14/04/1994.

# 17 Responsabilidade Civil nas Relações Familiares

## 17.1. Responsabilidade civil: aspectos gerais

O instituto da responsabilidade civil, de vasta aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, tem passado por grande evolução nas últimas décadas. Um dos desafios mais instigantes da responsabilidade civil diz respeito à definição das situações que caracterizam danos passíveis de reparação, especialmente quando se trata de reparação por danos extrapatrimoniais.

Nesse contexto de difícil caracterização dos danos reparáveis, podem-se citar as relações familiares, ou seja, a responsabilidade civil no rompimento de noivado,[1392] no casamento, na união estável e, também, nas relações paterno-filiais.

O vocábulo 'responsabilidade' provém do verbo latino *respondere,* que consiste na ideia de imputar, responsabilizar, ser obrigado a responder. A responsabilidade civil materializa-se, originariamente, a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de reparar o dano. Assim, aquele que pratica um ato antijurídico e causa prejuízo a outrem é obrigado a reparar o dano.

O ato ilícito é toda atuação humana, omissiva ou comissiva, contrária ao Direito, ou seja, violadora da ordem jurídica. Pode ser praticado com culpa (art. 186 do CC/02[1393]) ou sem culpa (art. 187 do CC/02[1394]). Portanto, pode haver responsabilidade civil sem culpa.

A responsabilidade civil, conforme o seu fundamento, pode ser subjetiva ou objetiva. Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação de reparar o dano. Entretanto, nos casos especificados em lei ou, ainda, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, poderá surgir a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. Trata-se da teoria objetiva ou do risco, que prescinde de comprovação da culpa para a responsabilização do causador do dano. Basta haver o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente. No âmbito das relações familiares

1392 Embora não seja um instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro, o noivado, mesmo não sendo considerado uma relação familiar, merece atenção pelo fato de ser uma fase que, geralmente, antecede a constituição da família matrimonial e, também, pela possibilidade de gerar direitos e deveres de caráter obrigacional entre os noivos.

1393 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

1394 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

só se admite a responsabilidade civil sem culpa na hipótese do abuso de direito (art. 187 do CC/02),[1395] pois não é possível considerar a paternidade, o casamento e a união estável como atividades de risco. Por isso, pode-se afirmar que, geralmente, a admissão da responsabilidade civil nas relações familiares irá depender da análise da culpa.

O dano é uma lesão a um bem jurídico. É elemento ou requisito essencial da responsabilidade civil. O dano pode ser patrimonial ou moral. O dano patrimonial é aquele que resulta em prejuízo material, atinge os interesses pecuniários do indivíduo. Já o dano moral caracteriza uma lesão a um dos direitos da personalidade. É uma agressão à dignidade humana. Por sua vez, o nexo causal constitui-se pela relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano.

Diante da breve análise dos pressupostos da responsabilidade civil, resta saber quando será possível abordar a matéria no âmbito das relações familiares, ou ainda, se é cabível a discussão da responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos. Tendo em vista as particularidades de cada tipo de relação afetiva (noivado, casamento, união estável e vínculo paterno-filial), optou-se por analisar a incidência ou não do instituto da responsabilidade civil em cada uma delas de maneira isolada.

## 17.2. Esponsais e responsabilidade civil no rompimento de noivado

Por força da Lei de 6 de outubro de 1784, o casamento, no Brasil, podia ser precedido de esponsais. Tratava-se de uma promessa formal de casamento, estabelecida entre um homem e uma mulher de se casarem em determinado prazo. O contrato esponsalício era feito por escritura pública, assinada pelos contraentes, por seus pais, e na falta destes, pelos tutores ou curadores, e por duas testemunhas ao menos.[1396] A obrigação resultante dos esponsais autorizava a cada um dos contraentes a exigir o cumprimento da promessa feita ou a pedir a reparação devida pela quebra injustificada da promessa.

Tendo em vista que o casamento é assentado na vontade livre dos contraentes, podendo o arrependimento se dar até a sua celebração, imperioso reconhecer que atualmente o ordenamento jurídico não mais admite a promessa formal de casamento, ou seja, os antigos esponsais. O estabelecimento de uma sanção pela quebra da promessa de casamento impediria ou dificultaria o exercício do direito de qualquer pessoa em reconsiderar a escolha do futuro cônjuge até a data da celebração do casamento. O ser humano é titular de liberdade e, consequentemente, detentor de capacidade de escolha. Cada pessoa, face ao princípio do livre desenvolvimento da personalidade, constitui-se de acordo com as suas próprias decisões, que devem ser tomadas livremente. Não resta dúvida, portanto, que na constituição de uma

---

1395 Enunciado 37 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico."

1396 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russel, 2003, p. 41.

entidade familiar essa liberdade deve ser plena, pois a família só deve existir se for voltada à tutela existencial dos seus membros.

O Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 não contemplou a figura dos esponsais. O Código Civil de 1916, bem como o Código Civil de 2002 também nada dispuseram a respeito dos esponsais.

Deve-se, portanto, considerar o contrato esponsalício banido do ordenamento jurídico brasileiro, pois atentaria contra a família protegida constitucionalmente, ou seja, aquela que tem como função promover a formação pessoal de seus componentes. Entretanto, admite-se a possibilidade de reparação por danos materiais e morais causados pelo rompimento de noivado, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil: ato ilícito (art. 187 do CC/02), dano e nexo causal.

Assim, quanto à reparação por dano moral no rompimento de noivado, tem-se que a questão não é pacífica[1397] e, muito menos, quando admitida, de fácil verificação. É que um dos elementos essenciais do casamento é a liberdade de se casar ou não. Tal escolha é parte integrante do livre desenvolvimento da personalidade. Por isso, trata-se de um direito o rompimento do noivado e, em geral, quem exerce um direito não pratica ato ilícito.[1398] [1399] Não se exige sequer motivo justo, pois, conforme

---

1397 Contrária à possibilidade de dano moral no rompimento de noivado, assim se manifesta Maria Celina Bodin Moraes: “[...] por maior sofrimento que possa causar, tem a protegê-lo o princípio da liberdade, componente da dignidade humana. Na ponderação de interesses, a integridade psíquica da noiva, supondo-se essa a pessoa abandonada, deve ceder diante do princípio da liberdade do noivo, o qual, nesse caso, mais se aproxima do princípio da dignidade humana como cláusula de tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana.” (MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais e relações de família. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 411).

1398 RESPONSABILIDADE CIVIL – TÉRMINO DE COMPROMISSO AFETIVO – DANO MATERIAL E MORAL AFASTADOS – O vínculo existente entre homem e mulher, na fase que antecede o casamento, período destinado ao conhecimento e entrosamento entre as partes, de ordinário, quando rompido não gera obrigação de indenizar. Os motivos que levaram a apelante a empregar recursos financeiros na construção da casa em terreno do apelado não interessam ao direito eis que a falsa causa só vicia o ato, quando expressa como razão determinante, o que não ocorreu na hipótese. Sendo o noivado, pelos costumes, o período de tempo reservado exatamente à confirmação dos sentimentos entre os nubentes, o seu rompimento não pode, a não ser em casos especialíssimos, configurar ato ilícito, hábil a ensejar reparação por danos morais. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. AC 2002071012748-5. Relatora: Des Carmelita Brasil, julgado em 26/11/2003. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 26 nov. 2003).

1399 APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROMESSA DE CASAMENTO. RUPTURA DO NOIVADO POUCOS DIAS ANTES DA DATA APRAZADA PARA A CERIMÔNIA RELIGIOSA. DANOS MATERIAIS. FILMAGEM E TRATAMENTO PSICOLÓGICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Para que fosse o réu condenado ao ressarcimento das despesas materiais, com filmagem e tratamento psicológico, necessária a comprovação do pagamento pela autora. Não demonstrado o adimplemento dos débitos com os terceiros, inviável a condenação do réu, sob pena de configurar enriquecimento ilícito. Com relação aos danos morais, ainda que não se desconheça o abalo sofrido em decorrência da ruptura de um relacionamento, cuida-se de fato que qualquer ser humano, que estiver aberto a se relacionar, está sujeito. O caso dos autos, mesmo que inegável a mágoa da apelante, não há nada que extrapole a normalidade decorrente da ruptura de noivado. Assim, inexiste o dano moral. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível Nº 70027240902, Sexta Câmara

já afirmado, a liberdade é essência do casamento e, como adverte Luciano Chaves de Farias:

> Torna-se, então, completamente anacrônica e incompatível com os princípios constitucionais que tutelam a liberdade e também a dignidade da pessoa humana, a exigência de manifestação argumentativa (apresentação dos famigerados justos motivos) para autorização da ruptura de um relacionamento sem as consequências indenizatórias. [...] A dor da ruptura das relações pessoais, a mágoa, a sensação de perda e abandono, entre outros sentimentos, são custos da seara humana. Tem-se aqui defendido o *risco* do namoro, do noivado, do casamento, *risco* da ruptura integral. Quem entra em um relacionamento deverá ter essa consciência de que a experiência nem sempre será bem-sucedida. Isso é um fenômeno natural e, de certa forma crescente.[1400]

De fato, o noivado não tem sentido de obrigatoriedade. Pode ser rompido de modo unilateral até o momento da celebração do casamento. Entretanto, defende-se que a ruptura, em algumas situações excepcionais, desde que caracterizado o ato ilícito (que na hipótese de rompimento de noivado será o abuso de direito descrito no artigo 187 do Código Civil), o dano e o nexo causal, poderá gerar a responsabilidade

---

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 25/11/2010) APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. NOIVADO. ROMPIMENTO DA PROMESSA DE CASAMENTO. LIBERDADE PESSOAL INAFASTÁVEL. PREPARATIVOS. CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO. COMPRA DE ELETRODOMÉSTICOS. DANOS MATERIAIS. REPARAÇÃO DEVIDA. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. DANOS EXPERIMENTADOS PELO NUBENTE DESISTENTE. CAUSALIDADE. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AJUIZAMENTO DE AÇÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA. 1. O rompimento da promessa de casamento deve ser analisado por meio do instituto da responsabilidade civil, diante do princípio da boa-fé objetiva. 2. A desistência em relação ao compromisso assumido no noivado, por si só, não configura ato ilícito indenizável, pois se encontra na esfera da liberdade pessoal inafastável, pois não pode haver matrimônio sem a livre vontade manifestada pelos nubentes. 3. Nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil, no entanto, se a decisão de rompimento "violar direito e causar dano a outrem" ou exceder "manifestamente os limites impostos pelos bons costumes" gerando danos a outrem, deve ser vista como ato ilícito, sujeitando-se aos efeitos do art. 927 do Código Civil. 4. Os valores gastos com os preparativos da cerimônia e do futuro lar do casal devem ser devidamente compartilhados entre as partes, sendo inafastável o devido ressarcimento. 5. Resulta da evolução doutrinária concernente à boa fé objetiva a inadmissibilidade de comportamento contraditório (venire contra factum proprium). Assim, tendo o réu dado causa a não realização do casamento, ainda que agindo no exercício da autonomia de sua vontade, não é compatível com essa situação jurídica o requerimento, em sede de reconvenção, de reparação pelos gastos realizados na expectativa de concretização do matrimônio. 6. Ainda que se reconheça o sentimento de dor e constrangimento dos autores diante do rompimento do noivado, bem como a subsequente declaração pública do réu de que se encontra em um novo relacionamento, as circunstâncias reinantes não configuram ofensa à esfera extrapatrimonial dos demandantes, aptas a gerar indenização por danos morais. 7. O mero ajuizamento de ação não gera o dever de indenizar por dano moral, tratando-se de prerrogativa assegurada pela Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXV). 8. Apelação dos autores e do réu conhecidas e parcialmente providas. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Acórdão 1042257, 20160310169860APC*, Relator: ALVARO CIARLINI, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 23/8/2017, publicado no DJE: 5/9/2017. Pág.: 160/169)

1400 FARIAS, Luciano Chaves de. Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, n. 1, v. 01, p. 20, dez./jan. 2008, p. 20.

civil não só pelo dano patrimonial, mas, também, pelo dano moral. De acordo com Flávio Tartuce, "o dever de indenizar, em casos tais, decorre do abuso de direito, pelo desrespeito à boa-fé objetiva ou, dependendo do caso, aos bons costumes."[1401]

Assim, quando o direito subjetivo de se colocar fim ao noivado for exercido de maneira abusiva, pela prática de um ato ilícito é que deverá ser reparado o dano moral causado. Seria a hipótese do noivo que deixa para terminar o relacionamento na hora da celebração do casamento, abandonando a noiva no altar, na presença de todos os convidados. Diante dessa situação será possível caracterizar o abuso de direito, pois, conforme orientação precisa de Edgard de Moura Bittencourt, o rompimento de noivado é um direito; entretanto, "é obrigação fazê-lo de forma discreta, sem ofensa, nem injúria, e com o mínimo de impiedade."[1402]

> RESPONSABILIDADE CIVIL – CASAMENTO – CERIMÔNIA NÃO REALIZADA POR INICIATIVA EXCLUSIVA DO NOIVO, ÀS VÉSPERAS DO ENLACE - Conduta que infringiu o princípio da boa-fé, ocasionando despesas, nos autos comprovadas, pela noiva, as quais devem ser ressarcidas. Dano moral configurado pela atitude vexatória por que passou a nubente, com o casamento marcado. Indenização que se justifica, segundo alguns, pela teoria da culpa "in contrahendo", pela teoria do abuso do direito, segundo outros. Embora as tratativas não possuam força vinculante, o prejuízo material ou moral, decorrente de seu abrupto rompimento e violador das regras da boa-fé, dá ensejo à pretensão indenizatória. Confirmação, em apelação, da sentença que assim decidiu.[1403]

Quanto aos danos patrimoniais resultantes do rompimento de noivado e passíveis de indenização, exemplos não faltam: despesas já realizadas com a festa de casamento (decoração e alimentação, por exemplo), enxoval já comprado, imóvel alugado para servir de residência para a nova família etc. Nesses casos, o rompimento do noivado poderá gerar o dever de indenizar em face da diminuição patrimonial que não será de difícil caracterização.

Cabe lembrar que os danos causados pelo rompimento do noivado não serão reparáveis nas hipóteses de exclusão de ilicitude (art. 188 do CC/02) ou de isenção de responsabilidade (caso fortuito e força maior, fato exclusivo da vítima e fato de terceiro).

## 17.3. Responsabilidade civil no casamento e na união estável

Atualmente, constata-se uma valorização e até mesmo uma supervalorização da família como um núcleo importante e responsável pelo crescimento e desenvolvimento da personalidade dos seus componentes, tornando-se um espaço

---

1401 TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 08, n. 35, p. 5-32, abr./maio 2006.

1402 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família.* 5. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 10.

1403 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AC 2001.001.17643. Relator: Des. Humberto de Mendonça Manes, julgado em 14/02/2002. *Diário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro,* Rio de Janeiro, 14 fev. 2002.

privilegiado para as vivências emocionais de toda ordem e, ao mesmo tempo, únicas. O convívio familiar envolve inúmeros aspectos e conflitos que encarnam e exacerbam a ambivalência afetiva presente em todas as relações.

Dada a forte dose de subjetividade que envolve os relacionamentos íntimos, os conflitos familiares tendem a ser mais complexos e de difícil solução. Diferentemente do que ocorre numa relação obrigacional ou comercial, nos conflitos familiares a identificação do certo e do errado, do justo e do injusto, é uma tarefa quase impossível.

Por isso, torna-se difícil a identificação da prática do ato ilícito no âmbito das relações afetivas, principalmente entre marido e mulher ou companheiro e companheira.

Outra questão que se coloca é se existe a possibilidade, ou não, de se achar um culpado pelo fim do relacionamento amoroso e, além disso, se é possível exigir reparação por eventuais danos causados na dissolução da sociedade conjugal ou da união estável.

### 17.3.1. Posições doutrinárias a respeito da responsabilidade civil no casamento e na união estável

De acordo com Rolf Madaleno,[1404] há, na doutrina, três posições a respeito da responsabilidade civil no casamento e na união estável: denegatória, permissiva e restritiva.

A corrente denegatória não admite o dano moral no casamento e na união estável pelos seguintes argumentos: não há previsão legal e o ordenamento jurídico já estabelece sanções específicas, previstas no âmbito do direito de família, pela quebra dos deveres do casamento ou da união estável, como, por exemplo, a perda do direito a alimentos (art. 1.704 do CC/02) e a perda do direito de usar o sobrenome do outro cônjuge (art. 1.578 do CC/02).

A corrente permissiva admite, de forma ampla e irrestrita, o dano moral no casamento e na união estável, de maneira que em toda dissolução do vínculo familiar pelo descumprimento de um dos deveres do casamento ou da união estável haverá dano moral passível de reparação, pois caracterizado estará o ato ilícito e o dano causado ao cônjuge ou companheiro inocente. Eis os argumentos dessa corrente, de acordo com Rolf Madaleno:

> Se o fato exposto no divórcio litigioso e denunciado na petição inicial, exclusivamente para efeitos de reparação civil, for reconhecido pelo decisor como motivador de um ilícito civil e causador de um inquestionável agravo moral ao cônjuge inocente, comete ao juiz dar provimento à ação de dano moral, sendo que pelo CPC cabe ao autor quantificar o valor da indenização (inc. V, do art. 292), de acordo com a gravidade do ilícito, muito embora o § 1º, inciso II, do artigo 324 do CPC faculte formular pedido genérico quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato

1404 MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 370, *E-book*.

> ou do fato, permitindo, destarte, prescindir do valor da indenização na petição inicial de dano moral.[1405]

Já para a última corrente, restritiva do dano moral, somente em casos excepcionais e de elevada gravidade admite-se o dano moral no casamento e na união estável.

### 17.3.2. Critérios para a responsabilização civil do cônjuge ou do companheiro

O desamor não constitui ato ilícito e, por isso, quem não ama mais não pode ser responsabilizado civilmente. Assim, aquele que termina um casamento ou uma união estável por falta de amor exerce um direito, que é a expressão do livre desenvolvimento da personalidade. Nesse sentido:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – UNIÃO ESTÁVEL – DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR – DANOS MATERIAIS E MORAIS – DESCABIMENTO. Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, somente há obrigação de indenizar se presentes o ato ilícito imputado à parte ré, o dano material suportado pela parte autora e o nexo de causalidade entre tais elementos. Ninguém é obrigado a casar-se com outrem, somente porque há muitos anos mantém com este uma união estável. Destarte, a separação decorrente da dificuldade de convivência entre os companheiros não configura ato ilícito daquele que optou em romper o vínculo afetivo. O rompimento de relacionamentos amorosos é fato inerente à vida. Além disso, tem-se tornado corriqueira, nos tempos atuais, a separação de casais que, há muitos anos, se relacionavam, seja mediante casamento, união estável ou namoro. Portanto, embora tal situação seja extremamente desagradável, seus reflexos psicológicos nas pessoas envolvidas são perfeitamente assimiláveis, tomando-se como paradigma o comportamento do homem médio. Tendo os companheiros cooperado para a mantença da vida em comum e visado amealhar um patrimônio, a dissolução da união estável, de maneira alguma, importa diminuição patrimonial a algum deles, a ensejar reparação pecuniária, posto que a lei civil lhes garante a meação dos aqüestos (art. 1.725, CC/2002).[1406]

Aquele que exerce regularmente um direito não pratica ato ilícito e, além disso, diante de todo o aspecto subjetivo que envolve um relacionamento amoroso, dúvida não há de que não é fácil achar um culpado pelo fim do relacionamento amoroso ou até mesmo se há um culpado. Por isso, temerária é a adoção da tese da corrente amplamente permissiva do dano moral no casamento e na união estável. Até porque, o que se constata, na maioria das vezes, é que o descumprimento dos deveres do casamento ou da união estável nada mais representa do que a perda da

---

1405 MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 372, *E-book*.

1406 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC 1.0287.04.016462-9/001. Relator: Des. Eduardo Mariné da Cunha, julgado em 18/05/2006. *Diário de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 18 maio 2006.

vontade de comunhão de vida com o outro. O abandono do lar por um dos cônjuges ou companheiros ilustra bem essa afirmação. Assim, o que o legislador coloca como causa para a dissolução do vínculo familiar na verdade é consequência e, tendo em vista que a família protegida constitucionalmente é a baseada na liberdade, na autonomia privada de cada um dos seus membros, não se admite punir quem, no exercício de um direito, resolve colocar fim ao relacionamento familiar.

Entretanto, muitas vezes o cônjuge ou companheiro culpado pela prática de um ato ilícito existe e pode ser identificado. Não que a culpa deva produzir efeitos jurídicos no âmbito do direito de família (partilha de bens, alimentos, nome e guarda dos filhos menores), mas, em algumas situações, o cônjuge ou companheiro culpado, quando for possível a identificação, pode e deve ser responsabilizado por um dano, patrimonial e/ou moral, efetivamente causado ao outro cônjuge ou companheiro, em virtude de um ato ilícito. Assim, a eventual discussão de culpa na constância ou na dissolução da entidade familiar só deve ser considerada para efeitos de responsabilidade civil e desde que caracterizado o ato ilícito.

Não se pode afirmar que o descumprimento de qualquer dever do casamento irá gerar a obrigação de reparação civil. Dissabores existem em qualquer tipo de relacionamento e, nem por isso, fundamentam uma reparação moral. Entretanto, quando os atos praticados no âmbito familiar desrespeitam o conteúdo normativo eleito livremente pelo casal e atingem a dignidade de um membro familiar, caracterizado estará o ato ilícito e, por isso, perfeitamente plausível é a responsabilização do causador do dano.

Eis alguns atos que, além de caracterizar o descumprimento de um dos deveres do casamento ou da união estável descritos no Código Civil (arts. 1.566 e 1.724), também caracterizam ato ilícito para fins de responsabilidade civil: ofensa física (sevícia), estupro, importunação sexual, registro não autorizado da intimidade sexual, tentativa de homicídio ou de feminicídio, sequestro e cárcere privado, lesão corporal dolosa e injúria grave.

Não se pode admitir que, sob o manto do direito à privacidade e à intimidade, ou da existência de sanções específicas, como defende a corrente restritiva, membros de uma entidade familiar fiquem imunes às sanções legais quando os atos antijurídicos praticados extrapolem os seus efeitos para além do direito de família. Entendimento contrário significaria autorizar toda sorte de arbitrariedade e desrespeito entre quatro paredes. Representaria a instituição de uma indevida imunidade para o cônjuge infrator.

Portanto, em muitos casos será possível e importante identificar o culpado pela prática de um ato ilícito no casamento e na união estável, embora tal culpa só deva produzir efeitos fora do âmbito do direito de família, ou seja, na esfera da responsabilidade civil.

Assim, é possível concluir que o ato ilícito praticado por um cônjuge ou companheiro em relação ao outro cônjuge ou companheiro pode caracterizar, também, o descumprimento de um dos deveres do casamento ou da união estável; entretanto, nem todo descumprimento de um dos deveres do casamento ou da união estável caracterizará um ato ilícito gerador de responsabilidade civil. Corroborando

com essa afirmação, segue decisão do STJ[1407] que reconheceu a reparação por dano moral ao cônjuge virago por ter sofrido violência física e psíquica na constância da sociedade conjugal:

> Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento.
> 1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor.
> 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação.
> 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.[1408]

Até mesmo a infidelidade, em algumas situações excepcionais,[1409] poderá gerar a responsabilidade civil[1410] e o dever de reparar o dano. A Constituição de

---

1407 Eis o resumo do caso, de acordo com o voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito: "A recorrente ajuizou ação ordinária de separação, alegando que casou com o réu no Líbano, vindo depois para o Brasil; que o réu sempre a tratou como escrava, praticando violências físicas e fazendo ameaças de morte; que tomou os seus documentos pessoais e proibiu que fizesse contatos com outras pessoas; que diante de tais fatos pede a separação judicial, com alimentos, e a indenização civil. A sentença considerou induvidosa a prática "*de maus tratos do marido contra a mulher*" e julgou procedente, decretando a separação por culpa exclusiva do marido, fixando alimentos, a guarda e a visitação, e impôs a indenização por dano moral no valor de Cr$ 1.260.000,00, com correção monetária da data da sentença, 17/5/91, e juros de mora da citação. O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença. Considerou o Acórdão recorrido que havia, de fato, tensão na vida matrimonial, reconhecendo que a instabilidade no comportamento da mulher tem "*origem e fulcro nas atitudes dominadoras do marido, porventura desvestidas de maior sensibilidade, desvelo e carinho*", para, em seguida, entender que "*há que temperar o julgamento do caráter do varão com o travo da sua origem oriental. É que opostamente a tradição que se pode referir como europeia, onde a mulher tende a receber maior dose explícita de mimos, no oriente persistia e ainda persiste o modo hoje conhecido como 'machista', com a mulher relegada à função interior e subalterna.*" Para o Acórdão recorrido foi "*correta a separação a débito do varão*", afastando, contudo, "*o travo de ilicitude informador do pleito e condenação no pagamento de indenização.*" A guarda das crianças ficou com o pai, segundo o Acórdão recorrido em razão da manifesta vontade delas e do laudo da assistente social, podendo a mãe visitar os filhos em finais de semana alternados, podendo vê-los diariamente se quiser, pelo prazo de 30 minutos, desde que não haja interferência com as atividades escolares, com o que fica afastado o pensionamento aos filhos, mantida a da mulher em dois salários mínimos vigentes na data do pagamento, permanecendo o varão no lar conjugal."

1408 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 37051/SP. Relator: Min. Nilson Naves, julgado em 17/04/2001.

1409 Diz-se em algumas situações porque quase sempre a infidelidade será a consequência de um relacionamento já deteriorado, que não representava mais a comunhão plena de vida. Além disso, admite-se o relacionamento afetivo que tenha sido constituído, por livre e espontânea vontade, sem o dever de fidelidade recíproca.

1410 Sobre o dever de fidelidade e a eventual reparabilidade em razão de sua violação, Karenina Tito tece interessantes considerações baseadas no direito civil português em seu artigo *"Dever de fidelidade: contratual ou extracontratual?"*, cuja leitura recomendamos.

1988 reconheceu a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e colocou o ser humano como principal destinatário da tutela constitucional. Entretanto, conforme esclarece Sumaya Saady Morhy Pereira, "essa personalização [...], não se confunde com o individualismo que coloca o indivíduo, abstraído de seus laços de integração, no centro do sistema jurídico buscando isoladamente seus interesses particulares."[1411]

Não é possível conviver com outra pessoa, num relacionamento monogâmico buscado em conjunto e voluntariamente, de forma egoísta, em que apenas um tem a sua dignidade respeitada enquanto o outro é esquecido. Se não é possível mais o convívio de acordo com as escolhas intersubjetivas feitas livremente, assim como voluntariamente foi constituído, também, voluntariamente pode e deve ser desconstituído. Ninguém pode ser obrigado a manter uma entidade familiar, mas se casou ou constituiu uma união estável e ainda não colocou fim ao relacionamento, deve sim se abster de práticas que possam atingir a dignidade do outro.

Nesse sentido, o STJ já admitiu a configuração do dano moral por descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade que, em razão do adultério praticado pela mulher, resultou na assunção de filho alheio pelo marido enganado.[1412]

---

Em suas palavras: "A infidelidade conjugal é um problema que causa dores emocionais devastadoras a uma pessoa. Não tem como apagar com dinheiro os malefícios que provocam as chamadas "dores da alma". As pessoas casam idealizando uma vida em comum, dentro de paradigmas tradicionais, com a intenção nomeadamente de construir uma vida em comum, comprar uma casa e ter filhos. Coisas físicas e abstratas, algumas comercializáveis e outras de valor imensurável. O tempo não volta e não se recupera a vida e os anos que passaram. É por isso importante que cada um dos cônjuges se responsabilize *pessoalmente* pelo seu comportamento no decurso do casamento. Na verdade, o matrimônio é também um quadro importante para exercer a *solidariedade,* refletida através da comunhão de vida e pautada nos deveres entre os cônjuges, especialmente, tornam o instituto do casamento e os respectivos deveres conjugais num *instrumento de realização pessoal e da personalidade.* Portanto, estamos em crer que o Direito da Família contemporâneo não deve admitir a tese da fragilidade de garantia: *a mera violação dos deveres conjugais de fidelidade é ilícita e deve assumir relevância no campo da responsabilidade civil.* (TITO, Karenina. Dever de fidelidade: contratual ou extracontratual? *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson; MULTEDO, Renata Vilela. *Responsabilidade civil e direito de família:* o direito de danos na parentalidade e conjugalidade. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 274, grifos da autora).

1411 PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e deveres nas relações familiares: uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 525.

1412 Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório. - Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).- Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância. - O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados. - A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas

Trata-se, na verdade, de aplicação da boa-fé objetiva nas relações existenciais. É uma regra de conduta, pois as partes têm o dever de agir com lisura, probidade, correção, não gerando falsas expectativas ao outro cônjuge ou companheiro sob pena de praticarem um ato ilícito de acordo com o artigo 187 do Código Civil. O abuso de direito deriva diretamente da boa-fé objetiva, ou seja, da conduta correta que se espera de uma pessoa mediana.[1413]

De acordo com Maria Berenice Dias,

> as relações de família exigem dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no outro. Trata-se de verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também as de conteúdo pessoal, existencial.[1414]

É nessa nova configuração, de respeito ao princípio da boa-fé objetiva, em que a proteção à dignidade humana deve ser recíproca no relacionamento íntimo estabelecido com fulcro na autonomia privada, que se permite ao indivíduo a obtenção de uma reparação por danos morais oriundos das relações familiares.

## 17.4. Responsabilidade civil nas relações paterno-filiais[1415]

A família é considerada a célula, a base fundamental da sociedade. Não é difícil constatar que o conceito e a extensão da família sofreram várias alterações ao longo da história. Em Roma, o poder do *pater familias* era exercido sobre os filhos, a mulher e os escravos de maneira absoluta, pois tinha, de acordo com Pontes de Miranda,[1416] o "poder de vida e de morte, de emancipação e de repúdio" sobre aquelas pessoas. Era ao mesmo tempo juiz, sacerdote e administrador, ou seja, o senhor absoluto do lar.

---

apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial. - Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado. - A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada. Recursos especiais não conhecidos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 742.137/RJ,* Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 29/10/2007, p. 218)

1413 FIUZA, César; BRITO, Lucas Pimenta de Figueiredo. Para uma compreensão integral do abuso de direito no contexto da responsabilidade delitual e da boa-fé objetiva. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil*: atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 369.

1414 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 87.

1415 O texto do presente tema tem como base o artigo escrito em coautoria com Fernanda Campos de Cerqueira Lana (RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; LANA, Fernanda Campos de Cerqueira. O direito e a falta de afeto nas relações paterno-filiais. *In*: FIUZA, César (Coord.) *Direito civil*: atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

1416 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família:* direito matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, v. 1, p. 59.

Contemporaneamente, não existe mais a figura do *pater familias* como detentor do poder absoluto, como única voz a ser ouvida no ambiente familiar. A família não é mais encarada como uma unidade de produção, estruturada apenas para atender fins econômicos, políticos, religiosos e culturais, como outrora. Nesse sentido, Gustavo Tepedino[1417] lembra que a família deixou de ser objeto de proteção autônoma – colocada como uma realidade baseada em si mesma – e tornou-se funcional, ou seja, instrumento de promoção e desenvolvimento dos seus membros, realçando a dignidade da pessoa humana em suas relações. É a pessoa que deve ser protegida e colocada no centro do ordenamento jurídico.

É na família que o indivíduo vivencia boa parte das suas experiências e desenvolve aspectos psicológicos, sociais e políticos. Não é à toa que cada vez mais essa instituição é reconhecida e protegida pelo Estado.

As relações familiares são baseadas na autonomia privada. A família contemporânea é uma família eudemonista. "Hoje, é no espaço onde circula o amor que se constrói uma grande parte da identidade pessoal dos indivíduos [...] Consequentemente, a família mudou para produzir esses indivíduos."[1418]

São as relações permanentes que se apresentam aptas a conceder referenciais constitutivos sólidos, a partir dos quais, seguindo-os ou refutando-os, a pessoa cria sua identidade.

Relacionamentos esporádicos, que se resumam à casualidade, são descomprometidos e, por isso, insuficientes para oferecer referenciais seguros, tão elementares ao desenvolvimento da pessoa. Daí a importância dos relacionamentos afetivos, principalmente para a criança e o adolescente, os quais se encontram em fase de desenvolvimento e formação da personalidade.

Por isso, diante da importância do relacionamento afetivo para a formação e o desenvolvimento da personalidade, principalmente para a criança e o adolescente, o que se pretende discutir é a possibilidade de reparação por dano moral por falta de afeto nas relações paterno-filiais.[1419]

### 17.4.1. Panorama doutrinário e jurisprudencial da reparação por dano afetivo nas relações paterno-filiais

Há quem defenda que os pais têm verdadeiro dever de conviver com os filhos, sendo necessário que os genitores reconheçam a importância de amar seus descendentes, ainda que tal reconhecimento esteja embasado no temor de futura condenação judicial. Aos pais é imposto o dever de convivência familiar, sendo

---

1417 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In:* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 352.

1418 SINGLY, François de. O nascimento do 'indivíduo individualizado' e seus efeitos na vida conjugal e familiar. *In:* PEIXOTO, Clarice Ehlers; SINGLY, Francois de; CICHELLI, Vincenzo (Org.). *Família e individualização*. Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 14-15.

1419 Utiliza-se a relação paterno-filial, como referência, por ser a hipótese mais comum, na sociedade contemporânea, geradora de abandono afetivo. Contudo, não se nega a possibilidade de ocorrência do abandono afetivo, também, na relação materno-filial e, até mesmo, em outras relações familiares.

conferido aos filhos direito de receber afeto, carinho e atenção de seus genitores, ou seja, *não basta ser pai, tem que participar*. De acordo com Maria Berenice Dias,

> [...] mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que ele estar com o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a Justiça imponha coactamente essa obrigação.[1420]

Seguindo o mesmo entendimento, Maria Isabel Pereira Costa assevera que a visita ao filho pelo pai, no exercício do poder familiar, é direito-dever, em razão de ter a criança prioridade no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

> Deixar de conviver com o filho, negar o amparo afetivo, é violar direito fundamental do filho. Daí o direito-dever de visitar os filhos quando, por não viverem sob o mesmo teto ambos os pais, apenas um deles detém a guarda. Assim, o outro tem o direito de visitar o filho, mas principalmente tem o dever, pois o filho menor, criança ou adolescente, tem prioridade em nosso ordenamento jurídico [...].[1421]

Orientação semelhante apregoa que os pais devem compensar os filhos menores pela omissão de afeto, uma vez que, ao negar amparo afetivo, o genitor estaria violando direito fundamental da criança e do adolescente. A base desse pensamento se assenta na necessidade do afeto de ambos os pais para a formação da personalidade do filho menor.[1422]

Sobre a configuração dos elementos constitutivos da responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo, a doutrina assevera que se faz necessária a caracterização da ausência contínua e deliberada de afeto por parte do genitor, o que individualizaria o ato ilícito. Após, deve ser analisado o grau de culpabilidade do agente na prática do ilícito, bem como afastadas situações que repeliriam a culpa, como legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, dever legal de agir, ou mesmo o total desconhecimento da filiação. Ao final, deve ser feito exame do nexo de causalidade entre conduta ilícita e dano, com auxílio de profissionais de outras áreas.[1423]

---

1420 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 402.

1421 COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto: como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 20-39, out./nov. 2005, p. 33.

1422 Nesse sentido entende Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao afirmar que "a ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e consequente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado de proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho [...]." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141).

1423 Face à complexidade da aferição do que seria afeto indispensável nesse tipo de relação

Sobre a forma ideal para pagamento da reparação por abandono afetivo, há quem defenda que a falta do amor dos pais não deve ser compensada diretamente em dinheiro. Desse modo, acredita-se que o pai (ou a mãe) deva compensar o filho que tenha sofrido com a omissão do afeto mediante custeio de tratamento psicológico ou psiquiátrico, com o intuito de evitar o locupletamento indevido nas relações familiares.[1424]

Encontraram-se, na doutrina, vozes dissonantes,[1425] traçando reflexões acerca da (in)conveniência e da (im)possibilidade de se caracterizar o dano afetivo como mais uma das espécies de danos que merecem tutela jurídica e reparação pelo causador do prejuízo.

A despeito de a doutrina majoritária defender a concessão de reparação por abandono afetivo, a maior parte das decisões judiciais pesquisadas refuta o cabimento de aludida reparação.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acórdão proferido na Apelação Cível 1.0145.05.219641-0/001(1), relatado pelo desembargador Domingos Coelho e unanimemente acompanhado pelos demais integrantes da Turma julgadora, afasta a possibilidade de reparação por danos decorrentes do abandono afetivo do filho pelo pai. Considerou-se, no julgamento, que o amor não pode ser imposto e, ainda, que uma decisão judicial não tem o condão de sanar eventuais deficiências da relação paterno-filial. O relator também ressalta o fato de que, no caso, não houve configuração dos elementos indispensáveis para a responsabilização civil do pai.

> A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. - O abandono paterno ate-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho.

---

é que se faz necessária a atuação de profissional da área de psicologia e/ou psiquiatria para que avalie o grau de dano que sofreu a criança ou o adolescente em razão da omissão de afeto dos pais e o tipo de tratamento adequado, se realmente quisermos fixar uma indenização suficientemente reparatória para a vítima. (COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto – como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 37, out./nov. 2005).

1424 Se o dano é emocional, e não resta dúvida de que o seja, o que se precisa reparar é o sofrimento do filho por não ter recebido o carinho do pai ou da mãe; se atingiu a *psique* da vítima, causando danos na formação de sua personalidade, a recompensa eficaz seria o tratamento psicológico ou psiquiátrico, com o objetivo de lhe restituir a saúde emocional ou recompor o dano emocional sofrido. Assim, os responsáveis pelo dano deveriam ser constrangidos a pagar por quanto tempo fosse necessário o tratamento terapêutico recomendado por profissional especializado à vítima até a sua total recuperação. (COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto: como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 20-39, out./nov. 2005, p. 37).

1425 BERNARDO, Wesley Louzada. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.) *Diálogos sobre direito civil.* v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, Ano 9, n. 46, p. 14-21, fev./mar. 2008; VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 453-484.

> O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. - O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam.[1426]

Também no Tribunal mineiro foi proferida a primeira decisão sobre o assunto a chegar à apreciação do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No caso, o então Tribunal de Alçada de Minas Gerais, reformando sentença de primeiro grau, determinou o pagamento de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), a título de reparação por danos morais experimentados pelo filho, pelo fato de este filho ter sido afetivamente abandonado pelo pai. Em seu voto, o desembargador Unias Silva afirma que "a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana."[1427] A decisão, objeto do Recurso Especial 757.411/MG, foi reformada pelo STJ, por decisão da maioria dos ministros, tendo sido o voto divergente proferido pelo ministro Barros Monteiro, que admitiu a reparação fundada no abandono afetivo. A ementa publicada diz, *in verbis*:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.[1428]

Em seu voto, o ministro Fernando Gonçalves, relator do acórdão, faz interessantes observações sobre o tema, destacando, inclusive, grande polêmica em torno do assunto, principalmente em decorrência da evolução por que passou o instituto da responsabilidade civil nos últimos tempos. Menciona argumento utilizado pelos que defendem o dano moral por abandono afetivo, que ressalta as funções compensatória, punitiva e dissuasória da indenização pecuniária. Rejeitando essa ideia, o ministro afirma que ao genitor que não cumpre com os deveres impostos pelo poder familiar já é cominada punição legal, que consiste na perda do poder familiar,

> [...] a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, (e que) já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com

---

1426 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC nº 1.0145.05.219641-0/001(1)*. Rel. Des. Domingos Coelho. Data do Julgamento: 06/12/2006.

1427 MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Ap. Civ. 2.0000.00.408550-5/000(1). Relator: Des. Unias Silva, julgado em 01/04/2004. *Diário de Justiça de Minas Gerais,* Belo Horizonte, 29 ab. 2004.

1428 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 757411/MG*. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Data do Julgamento: 29/11/2005.

> o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.[1429][1430]

Na mesma decisão, o relator aduz, ainda, que a reparação pecuniária pleiteada pode não cumprir com eficiência a função de minorar o sofrimento do filho causado pelo abandono paterno, além de possuir cunho financeiro incompatível com situações familiares.

> O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido. Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.[1431]

Note-se, também, que é registrada no voto, como se vê na ementa transcrita, a não configuração, no caso concreto, dos elementos necessários à responsabilização civil do pai, principalmente no que tange ao ato ilícito.

A decisão proferida pelo STJ em 29 de novembro de 2005 foi objeto de Recurso Extraordinário (RE) ao Supremo Tribunal Federal (STF). A ministra do STF Ellen Gracie negou seguimento ao Recurso Extraordinário segundo o entendimento de que a análise sobre a reparação por danos morais limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por Recurso Extraordinário. Portanto, afastou a possibilidade de analisar o pedido de reparação pecuniária por abandono afetivo, pois demandaria a análise dos fatos e das provas contidas nos autos, bem como da legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, o que é inviável em sede de Recurso Extraordinário.[1432]

Outra decisão que indeferiu a reparação por abandono afetivo foi proferida em sede da apelação 2007.001.27787 pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na qual foram utilizados argumentos bastante semelhantes aos mencionados na decisão do STJ acima. Também no Tribunal de Justiça fluminense, o julgamento da apelação 2004.001.13664 negou a indenização, ao argumento de que o amor não

---

1429 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 757411/MG*. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Data do Julgamento: 29/11/2005.

1430 Sobre esse aspecto, vale tecer consideração no sentido de que a perda do poder familiar mencionada pelo STJ não representa a efetiva razão pela qual deve ser afastada a responsabilidade civil fundada no abando no afetivo. Na verdade, a falta de afeto pelo filho não é, por si só, suficiente para conceber a responsabilidade civil do genitor ausente, principalmente pela não caracterização de ato ilícito, o que não sofre qualquer influência da cominação de aludida sanção. Porém, caso a situação concreta revele a prática de ato ilícito por um ou ambos os pais, poderá ser imputada responsabilidade civil, independentemente da perda de poder familiar prevista pela legislação cível.

1431 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 757411/MG*. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Data do Julgamento: 29/11/2005.

1432 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

pode ser imposto e que a concessão da reparação poderia estimular ainda mais a industrialização do dano moral.

Há, ainda, duas decisões, uma do juízo da 2ª Vara da comarca de Capão da Canoa/RS – Proc. nº 141/103001232-0, e outra da 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo/SP – Proc. nº 01.036747-0, que concederam reparação por dano afetivo, sendo que aquela foi proferida à revelia do réu. No caso do Rio Grande do Sul (2004), a decisão mostrou o entendimento de haver um direito subjetivo ao afeto do pai em relação ao filho. Na decisão proferida em São Paulo (2004), o juiz concedeu à filha indenização de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por danos morais causados pela ausência do pai e para custear tratamento psicológico.

Em julgado do ano de 2019, o STJ reforçou entendimento que vem adotando no sentido de que não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, não se configurando dano moral o abandono afetivo quando cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou, ainda, de provimento das necessidades dos filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade.[1433]

Percebe-se, diante do panorama exposto, que algumas decisões judiciais e vários doutrinadores vêm defendendo a responsabilização civil do pai que negligencia afeto ao filho menor quando não cumpre o direito-dever de convivência, sendo esse o entendimento predominante entre os estudiosos do direito de família.[1434] Trata-se de um tema polêmico e complexo, por isso, indispensável é a análise crítica de todos os argumentos apresentados.

1433 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1286242/MG*. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019).

1434 Nesse sentido: COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto: como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 20-39, out./nov. 2005; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno filial. *In*: PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Família e cidadania:* o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Família e cidadania:* o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006; MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006; MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006; SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 122/147, ago./set. 2004; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 138-158, out./nov. 2005.

### 17.4.2. Incongruências da responsabilidade civil por dano afetivo nas relações paterno-filiais

Após a apresentação de importantes doutrinas e decisões judiciais sobre o dano afetivo nas relações paterno-filiais e da discussão a respeito da importância do afeto nas relações familiares, imperioso se torna identificar as principais dificuldades existentes na caracterização dos elementos da responsabilidade civil, nos casos em que o filho pleiteia reparação por abandono afetivo.

#### 17.4.2.1. Ato ilícito culposo

Um dos principais argumentos utilizados para atribuição de responsabilidade ao pai que falha em propiciar a seu filho convivência afetuosa se apoia no fato de ser imputado ao genitor verdadeiro dever de estar com o filho menor, visitá-lo e dar-lhe suporte emocional. Violado esse dever jurídico, estaria conformado o ato ilícito integrante da responsabilidade civil.

Entretanto, é necessário questionar se a manifestação de afeto pode ser juridicamente imputada a alguém. Quando, a partir dos deveres impostos pela autoridade parental,[1435] admite-se que, entre as responsabilidades do pai está a de amar e demonstrar afeto em relação ao filho, se trilha caminho que não deve ser percorrido pelo Direito, por se tratar de questão intimamente relacionada a sentimentos profundos que permeiam a convivência entre pais e filhos.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, dever jurídico é

> [...] a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor dever jurídico importa criar obrigações. A violação de um dever jurídico configura ato ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.[1436]

Ao analisar o conceito acima, constata-se a dificuldade em se definir a omissão de afeto como ilícito civil. Mencionada *ordem* ou *comando* seria a de amar o filho? O dever jurídico imposto consistiria em demonstrar esse amor? Entende-se que o amor – ou desamor – de um pai em relação a seu filho não deve ser tutelado pelo instituto da responsabilidade civil. Apesar de ser extremamente desejável que a convivência em uma entidade familiar seja harmoniosa e repleta de carinho entre

---

1435 Art.227, *caput,* da Constituição da República: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. *(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*"

1436 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

os seus integrantes, imputar conduta ilícita a alguém que não ama o filho – ou não demonstra esse amor – não conduzirá à solução correta para a controvérsia. Pelo mesmo argumento, ainda que se admita que os pais tenham, não dever de dar afeto, mas, como preleciona Ana Carolina Brochado Teixeira,[1437] responsabilidade pela conformação biopsíquica de seus filhos, o descumprimento de tal obrigação não deve ser tutelado por imputação de responsabilidade civil.

Ressalte-se que não se nega ser o afeto o que geralmente se idealiza como a base de toda entidade familiar. A entidade familiar deve se encaminhar para a consolidação de uma comunhão plena de vida, embasada em laços de amor. Entretanto, é extremamente provável que a imposição desse sentimento não irá cumprir seu papel no seio da família. No lugar de proporcionar união e respeito mútuos, a obrigatoriedade causará discórdia e sentimento de desamparo. A liberdade é pressuposto do afeto.

Entende-se como extremamente desejável que a convivência entre pais e filhos seja sempre harmoniosa e permeada pelos mais nobres sentimentos humanos. Todavia, contesta-se que a imposição desse convívio traga efetivos benefícios à criança ou ao adolescente. A consciência, pelo filho, de que o pai só lhe visita em razão de possível condenação judicial futura causará, provavelmente, o mesmo sentimento de abandono que se pretende eliminar com as ideias acima expostas. Certamente, o menor se sentirá como um fardo para o pai e, com razão, dificilmente acreditará que o afeto do genitor lhe foi oferecido de forma sincera. Ademais, a imposição do dever de afeto reforça o risco de que se estabeleçam relações falsas, fundadas, de forma quase exclusiva, em uma coerção jurídica, o que torna extremamente questionável o valor de uma afeição imperativa ou compulsória.

No que tange à culpa, discute-se se a não observância de qualquer dos deveres decorrentes do poder familiar previstos em lei caracterizaria ato ilícito. É importante que sejam analisados quais fatores contribuíram para o afastamento do genitor, já que, muitas vezes, o distanciamento é causado pelo ascendente com quem reside a criança, por terceiro que assume o papel de pai ou mãe do menor, entre outros – casos de alienação parental. Além disso, certo é que, em alguns casos, a imposição da presença do pai ou da mãe na vida da criança não é aconselhável e fazê-lo somente para que sejam artificialmente efetivados os deveres decorrentes da autoridade parental pode representar risco à saúde psicológica e até mesmo física do menor.

Ainda em relação à culpa, é importante salientar a extrema dificuldade em se precisar o sentido em que a falta de afeto seria indenizável. A afetividade pode ser expressa de muitas formas e até mesmo a ausência do pai ou da mãe, se, por exemplo, com o intuito de proteger a criança, pode indicar presença de afeto. Assim, dar ao Direito a função de esmiuçar aspectos complexos da natureza humana pode levar a soluções inadequadas. Conclui-se, portanto, pela inexistência de prestação juridicamente exigível com base na falta de afeto.

---

1437 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 138-158, out./nov. 2005.

### 17.4.2.2. Dano

A configuração do dano moral nos casos em estudo também é extremamente questionável, principalmente pelo fato de que os defensores da existência de dano afetivo se remetem frequentemente à necessidade da presença de ambos os pais para o desenvolvimento sadio do menor,[1438] o que não se coaduna com as novas entidades familiares defendidas pelo direito de família.

Sobre esse ponto, a afirmação categórica de que a figura de ambos os pais é indispensável ao bom desenvolvimento da criança e do adolescente não se harmoniza com o novo conceito de família – flexível e abrangente – bastante festejado entre os doutrinadores de direito das famílias e defendido nesta obra. A entidade familiar pode cumprir com perfeição o papel de dar amparo emocional ao indivíduo sem que esteja atrelada a nenhum conceito restrito ou formação rígida e tradicional. A imposição de *modelos* contraria os ditames de um Estado Democrático de Direito.

Assim, afirmar que um menor que cresce somente ao lado de um dos pais resta irreparavelmente prejudicado é negar o atual conceito de entidade familiar.[1439] Além disso, a caracterização de eventual prejuízo psicológico do menor, ainda que analisada por profissional habilitado, é extremamente subjetiva e certamente não poderá ser integralmente imputada a um só fator, no caso, ao abandono afetivo pelo pai.

A criação de um filho, exercício complexo e que deve ser aprimorado a cada dia, é permeada por inúmeras peculiaridades e, certamente, não existe fórmula com resultados certos.

### 17.4.2.3. Nexo causal

Ainda que se admita a ocorrência do ato ilícito e do dano moral, o estabelecimento do nexo de causalidade entre eles também é permeado por problemas, algumas vezes, intransponíveis. Conforme entendimento de Wesley Louzada Bernardo,[1440] dificilmente as moléstias psicológicas de uma criança ou de um adolescente poderão ser imputadas exclusivamente à ausência de um dos

---

1438 Nesse sentido: "O afeto e o carinho negado pelo pai a seu filho não pode ser suprido pelo afeto de terceiros, muito menos pode o Estado suplantar a ausência paterna. Ficará eternamente um vazio no ser humano que não poderá ser preenchido por nenhum outro tipo de carinho, nem o maior amor ou paixão ser colocado neste vazio." (CANEZIN, Claudete de Carvalho. Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-filial. *Revista brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p. 79, jun./jul. 2006).

1439 "Estabelecer-se aprioristicamente que um dos pais não tem condições de proporcionar o crescimento sadio dos filhos seria criar uma hierarquia – inexistente – entre famílias tradicionais e famílias monoparentais." (BERNARDO, Wesley Louzada. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 489).

1440 BERNARDO, Wesley Louzada. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? *In:* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

genitores. Supondo que um laudo psicológico conclua que os transtornos presentes na personalidade de um menor tenham sido causados pela ausência parental, o exame técnico jamais poderá afirmar com certeza que a presença do pai teria eliminado tais perturbações, dificultando, mais uma vez, a imputação do dever de reparar em decorrência de dano afetivo.

É importante destacar que, apesar da indubitável qualificação dos profissionais da área de Psicologia, imputar exclusivamente ao pai todos os sofrimentos psicológicos do filho pode representar solução simplista para questão extremamente complexa. Certamente, a análise deve ser feita a partir de cada caso concreto, porém, sem se esquecer das dificuldades que permeiam o tema.

Educar filhos é tarefa complexa, que não aceita fórmulas ou regras gerais. Para confirmar a assertiva, basta pensar no exemplo de dois irmãos criados no seio da mesma entidade familiar e com personalidades totalmente diferentes, situação não raramente encontrada. Dessa forma, não se torna recomendável que, de plano, já se admita a existência do dever de o genitor reparar o filho por não ter dado a este o desejável amparo afetivo. Entre outros problemas, destaque-se, nesse ponto, a fragilidade de se assegurar que o afeto de ambos os genitores é indispensável para o bom desenvolvimento e educação do menor.

Certo é que, muitas vezes, os traumas experimentados pela criança e pelo adolescente se relacionam muito mais à forma como a figura parental presente lida com a questão, frisando constantemente, por exemplo, a ausência do genitor, do que específica e exclusivamente às atitudes deste.

Além das dificuldades na composição da responsabilidade civil, há ainda outras considerações a serem feitas. Supondo ser admissível a condenação de um pai que abandonou afetivamente seu filho, como ficará a situação da família após o pagamento da reparação? Provavelmente, o filho que não tenha buscado na ação locupletamento indevido – o que, infelizmente, poderá ser de difícil verificação caso sejam banalizados esses pleitos – não se sentirá recompensado pelo pagamento em dinheiro, pois verificará que, após o litígio, maior afastamento do pai será praticamente inevitável. Portanto, tal medida mostra-se inadequada à prevenção de novos danos. Se o que havia antes do processo era um sentimento paterno de indiferença em relação ao filho, após a contenda judicial o genitor possivelmente passará a ter sérias restrições em relação ao menor. Assim, se havia qualquer esperança de aproximação entre eles, ela restará irremediavelmente maculada pelo processo judicial.

Além disso, é importante examinar questões análogas que podem advir da admissão ampla da responsabilidade civil por abandono afetivo, gerando intermináveis – e por vezes incoerentes – situações. Pondere-se, por exemplo, sobre a mãe que, amparada pelo ordenamento jurídico, opte por fazer uma *produção independente* por meio de uma técnica de reprodução assistida. Sabe-se que, nesses casos, a identidade do doador é mantida em sigilo. Decorreria desse fato responsabilidade civil da mãe que privou o filho da figura paterna?

Há que se pensar, ainda, no caso da mãe solteira que não sabe quem é o pai de seu filho. Seria hipótese passível de gerar responsabilização civil da genitora? Ou, quem sabe, ao Direito seria legítimo imputar responsabilidade civil ao pai

que, apesar de presente, comporta-se de forma potencialmente nociva ao filho? Nesse caso, haveria uma tabela de maneira a permitir a classificação dos pais em ótimos, bons ou péssimos? Finalmente, considerando que aos avós também é garantido direito de visitar os netos, poderiam esses ascendentes também ser responsabilizados civilmente caso, havendo possibilidade, não convivam com os descendentes?

### 17.4.3. A possibilidade de aplicação da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais

As dificuldades que permeiam a atribuição de responsabilidade civil aos pais por abandono afetivo não induzem, como se poderia pensar, a não incidência absoluta do instituto em relação a atos praticados pelos genitores. Como apontado por Wesley Louzada Bernardo, "não entendemos que as relações de família constituam um *locus* no qual inexiste a responsabilidade civil, com um *bill of indemnity* recíproco entre os membros do grupo familiar."[1441]

A ocorrência do dano moral não deve ser analisada em razão da relação familiar existente entre os envolvidos, mas a partir do ato propriamente considerado. Um pai que desonra a imagem de seu filho por meio de agressões verbais públicas que geram no menor sentimento de humilhação, por exemplo, deverá ser responsabilizado civilmente pelos seus atos. Entretanto, substituindo-se o autor da agressão no exemplo acima e considerando que o ato ilícito tenha sido praticado por um professor, um vizinho ou qualquer outra pessoa que se relacione com a criança, vê-se que a ocorrência do dano moral não se altera, corroborando o que restou consignado no começo desse parágrafo. O mesmo entendimento é exarado, mais uma vez, por Wesley Louzada Bernardo em seu trabalho, no qual o autor afirma que:

> [...] as relações de família não servem para qualificar, ampliando ou reduzindo, a responsabilidade civil. Ou seja, em qualquer situação que constituiria dano moral fora das relações de família poderá surgir o dever de indenizar se ocorrerem no interior do grupo familiar.[1442]

Assim, não se afasta do campo do direito das famílias e, mais especificamente, das relações paterno-filiais, o instituto da responsabilidade civil. Há, sem dúvida, obrigação de reparar o dano, caso possam ser verificados e individualizados os elementos integrantes da responsabilidade civil: ato ilícito, dano e nexo de causalidade entre este e aquele. Exemplos, infelizmente, não faltam: violência física, castigo imoderado, violência sexual, entre outros. Tais atos, além de

1441 BERNARDO, Wesley Louzada. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 498.

1442 BERNARDO, Wesley Louzada. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 498.

caracterizarem hipóteses de perda do poder familiar, sem dúvida, geram a obrigação de reparar o dano sofrido (material e moral), pois estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil.

Entretanto, por tudo o que já foi exposto, não se recomenda a responsabilização civil dos pais que abandonam afetivamente o filho por não ser essa a maneira adequada de solucionar impasses decorrentes da complexa relação entre filhos e pais. A falta de afeto, infelizmente, o Direito não é capaz de resolver.

## 17.4.4. O Projeto de Lei PLS nº 700/2007

A despeito da grande polêmica que envolve a configuração do dano afetivo nas relações estabelecidas entre pais e filhos, em 6 de dezembro de 2007, o então senador carioca Marcelo Crivella apresentou projeto de lei de sua autoria – PLS nº 700/2007 – que prevê mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente com o intuito de caracterizar o abandono moral do filho como ilícito civil e penal.

As razões que levaram à edição do projeto de lei podem ser encontradas no artigo, de autoria do mesmo senador, intitulado *Abandono afetivo,*[1443] no qual Marcelo Crivella afirma que o amor dos pais em relação aos filhos tem que ser incondicional e infinito, dando um caráter artificial ao sentimento.

O texto do projeto de lei atribui aos pais o dever de prestar assistência moral aos filhos, devendo esse amparo ser entendido como orientação profissional, educacional e cultural, solidariedade em momentos de intenso sofrimento e presença física solicitada pelo menor e possível de ser atendida. O projeto é expresso em considerar como conduta ilícita o abandono moral e, além de prever a punição civil, imputa pena de detenção de um a seis meses para o genitor que deixar, sem causa justificada, de prestar assistência moral ao filho menor.

Apesar de afirmar que o amor não pode ser legalmente imposto, Marcelo Crivella patrocina a obrigatoriedade do afeto, alegando que, diante da

> [...] crise social com reflexos no ambiente familiar, (apresentou) o projeto de lei para responsabilizar, cível (sic) e criminalmente, os pais que, sem justa razão, deixarem de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando eles pedirem a sua companhia. Alguns tribunais começam a condenar pais por essa negligência. Mas há decisões contrárias, o que gera insegurança jurídica. Isso será superado por essa lei que não deixará dúvidas quanto a esse dever maior dos pais.[1444]

---

1443 CRIVELLA, Marcelo. Abandono afetivo. *Jornal do Povo do Rio,* Rio de Janeiro, 13 dez. 2007. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/senador/marcelocrivella/artigos/abandono.htm. Acesso em: 05 jan. 2008.

1444 CRIVELLA, Marcelo. Abandono afetivo. *Jornal do Povo do Rio,* Rio de Janeiro, 13 dez. 2007. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/senador/marcelocrivella/artigos/abandono.htm. Acesso em: 05 jan. 2008.

Notável é o risco de se engessar a matéria por causa de texto legal simplista e que não leva em conta todas as dimensões da configuração do dano afetivo. A análise deve ser minuciosamente feita caso a caso e não orientada por texto legal que tenta prever todas as especificidades do assunto. O projeto de lei, caso aprovado, representará retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, que vem, a cada dia, valorizando a aplicação de cláusulas gerais e princípios. Pelo mesmo motivo, causa enorme estranheza a utilização da segurança jurídica como justificativa para as alterações legais pretendidas. Aludida segurança, muito questionada por juristas da atualidade, não se relaciona a ditames legais que pretendem reger todos os aspectos de determinado tema.

Certamente, a configuração do dano afetivo nas relações paterno-filiais é tema bastante polêmico. Também é cediço que ainda há muitos aspectos que necessitam de estudos mais acurados. Entretanto, nota-se enorme dificuldade em se caracterizar, com precisão, a responsabilidade civil dos pais que negam amparo afetivo ao filho. A imputação, ao genitor, do dever de amar e demonstrar afeto por seu filho extrapola o âmbito de atuação concernente ao Direito. Ademais, ainda que se fale não se tratar de responsabilidade por falta de afeto, mas sim pelo descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, entende-se que, em última análise, estará o genitor sendo punido por não demonstrar amor pela criança ou adolescente. Nesse sentido, extremamente desaconselhável que se dê provimento a demandas interpostas por filhos que pretendem aludida reparação por dano afetivo já que as decisões devem ser jurídicas e nunca morais.

Ressalte-se, novamente, que não se defende que as relações paterno-filiais sejam protegidas da incidência do instituto da responsabilidade civil. Porém, percebe-se que a imputação da obrigação de reparar só deve ser atribuída a alguém quando todos os requisitos legais para tanto puderem ser perfeitamente individualizados, o que, conforme exposição feita, não acontece nos casos de abandono afetivo.

O PLS nº 700/2007 foi encaminhado à revisão da Câmara dos Deputados em 06 de outubro de 2015 por meio do Ofício nº 1468 (SF) expedido pelo Senador Renan Calheiros, então Presidente do Senado Federal.

Perante a Câmara dos Deputados, o Projeto passou a ter o número 3212/2015 e, até o mês de dezembro de 2022, ainda se encontrava em trâmite, aguardando designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

## 17.5. O Direito não é capaz de resolver a falta de afeto

Diante do exposto, é possível concluir que, não importa o tipo de relação familiar, a falta de afeto por si só não gera responsabilidade civil. O Direito não pode obrigar ninguém a ter ou demonstrar afeto por outra pessoa, por mais desejável e importante que possa ser a construção de vínculos afetivos para o desenvolvimento da personalidade de todo ser humano. A falta de afeto ou o desamor não se repara, não se indeniza. Admitir o contrário é contrariar a essência do próprio sentimento, significa instrumentalizar o ser humano.

Como um valor importante para a configuração da família idealizada socialmente não se discute a relevância do afeto. No entanto, é possível considerar a afetividade como um dever-ser, um princípio, como defendem alguns?[1445]

A análise da afetividade como princípio determinaria a adoção de novos parâmetros na solução dos conflitos familiares, já que, como princípio, teria de ser utilizada não apenas como critério de interpretação, mas também como norma (já que as normas se dividem em princípios e regras) geradora de direitos e deveres nas relações familiares na medida em que seria dotada de imperatividade e, consequentemente, de coerção.[1446]

Princípios pertencem ao plano deôntico, cujo conceito principal é o *dever-ser*, o que induz a uma avaliação de lícito ou ilícito. Valores, por sua vez, pertencem ao âmbito da axiologia, cujo elementar conceito é o *bom* e suas respectivas avaliações atinem ao melhor ou pior. Portanto, não é possível confundir princípios com valores, e vice-versa. As avaliações do que seja bom, mau, melhor ou pior, além de poderem ser as mais variadas possíveis, não são as razões que justificam o que é devido. E isso exatamente porque o dever-ser o é para todos e a todos vincula; o que é bom o é para alguns e, não sendo para outros, não admite entendê-lo por obrigatório.

Assim, os princípios não devem ser confundidos com valores. Estes, diferentemente dos princípios que têm sentido deontológico, não indicam consequências jurídicas pelo não cumprimento do comportamento desejado; portanto, os valores não são considerados normas, indicam apenas relações de preferência. Já os princípios que possuem força normativa têm o poder de impor deveres e criar direitos.

Diante do exposto, verifica-se não ser possível a inserção da afetividade no campo dos princípios, do dever-ser; ao contrário, a principal característica do afeto é a espontaneidade de um sentimento que se apresenta naturalmente e, por isso, é autêntico. O afeto – uma vez imposto – não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos. Por isso, o Direito não possui meios e, menos ainda, legitimidade para resolver a falta de afeto no âmbito das relações familiares.

Conclui-se que a falta de afeto é um fenômeno social que não é e não pode ser regulado por normas jurídicas. Assim, diante da falta de afeto – muitas vezes responsável pelos conflitos familiares – e da espontaneidade que é inerente à afetividade, toma-se por ideal que a construção ou a desconstrução de possíveis vínculos afetivos nas relações familiares seja buscada em conjunto, por meio de práticas discursivas dialógicas entre as partes envolvidas.

---

1445 Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 141.; MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 99, *E-book*.; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 96, *E-book*.

1446 Conforme Breno Mendes Forel Muniz Vianna, "se se entende que existe um *princípio da afetividade*, por conseguinte, deve-se entender que o afeto pode ser imposto. Por esta leitura, poder-se-á obrigar alguém a amar outrem, o que é impossível, juridicamente ou moralmente falando." (VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 477).

Nesse sentido, a mediação apresenta-se como um caminho alternativo à estabilização das expectativas no âmbito familiar e, até mesmo, na construção de vínculos afetivos espontâneos e duradouros.

Verdadeiros vínculos afetivos somente serão estabelecidos quando todas as questões que envolvem o litígio familiar forem discutidas e tratadas de forma completa e satisfatória pelas próprias partes, sem coerção. A mediação, por isso, pode facilitar na construção e na desconstrução dos vínculos afetivos, já que, por meio da escuta reflexiva, abre-se a possibilidade para que os sujeitos se conheçam e se autoconstituam. Reconhecendo-se e respeitando-se as diferenças, relacionamentos mais autênticos e verdadeiramente afetivos podem ser construídos no âmbito das relações familiares ou, ainda, podem ser desfeitos de maneira digna.

É importante ter consciência de que certas fronteiras não devem ser impensadamente rompidas pelo Direito e, entre elas, encontra-se a questão do dano afetivo nas relações familiares. O instituto da responsabilidade civil, a despeito dos aclamáveis avanços por que ainda vem passando, não possui os meios mais adequados para resolver essas desavenças. Portanto, o Direito não é capaz de resolver o problema da falta de afeto.

## 17.6. Jurisprudência sumulada

**STJ – Súmula 37:** São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Data da Decisão: 12/03/1992.

## 17.7. Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 445 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 927. O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.

**Enunciado 419 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 206, § 3º, V. O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual.

**Enunciado 414 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 187. A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito.

**Enunciado 159 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 186: O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material.

**Enunciado 37 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

# 18 *Formas Alternativas de Resolução de Conflitos Familiares*

## 18.1. A atuação deficiente do Estado na solução dos conflitos familiares

É do poder estatal que emana a Jurisdição, vista como uma das funções do Estado. Por meio dessa função, o Estado coloca um terceiro imparcial, substituto das partes titulares dos interesses envolvidos, solucionando o conflito em concreto, fazendo a atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide, de forma imperativa. Enrico Tullio Liebman considera a jurisdição "como a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica."[1447] Juridicamente, é objetivo precípuo da Jurisdição *dizer o Direito*.

Elio Fazzalari[1448] entende a jurisdição como a atividade mediante a qual o Estado, por meio dos juízes, considerados órgãos do Estado, coloca-se acima dos sujeitos implicados na violação de uma norma primária e, após ouvir suas razões, providencia a cessação do estado de fato contrário ao direito. Para o referido autor, a jurisdição tem seu principal fundamento na estrutura procedimental que se segue até o provimento jurisdicional, e essa estrutura é caracterizada pelo contraditório, pela participação em simétrica paridade dos afetados pelo provimento.

Com o objetivo de solucionar o conflito da maneira mais *justa* e imparcial possível, o legislador desenvolve os critérios objetivos e vinculativos para as decisões judiciais, anulando, com isso, as limitações de um julgamento baseado exclusivamente na subjetividade. Dessa forma, o litígio é submetido a uma forma rígida de solução, pois o juiz, de acordo com os critérios objetivos estabelecidos pelo legislador, decide a lide nos limites em que foi proposta, ficando impedido de decidir a questão em favor do autor, de natureza diversa do pedido, e de condenar o réu em quantia superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Ocorre que nem sempre as decisões do juiz, baseadas nos critérios objetivos contidos nas leis (materiais e processuais), são capazes de resolver de maneira definitiva um conflito ou estabilizar as expectativas das partes em relação ao conflito. Tal fato ocorre porque, se é possível e desejável que, ao solucionar um conflito, o julgador se desvencilhe de aspectos subjetivos, muitas vezes as partes envolvidas no conflito não conseguem fazê-lo.

Essa é a razão pela qual, muitas vezes, as decisões judiciais não alcançam a pacificação social, escopo último da Jurisdição, uma vez que o litígio não é resolvido

---

1447 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 7.

1448 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992, p. 100-101.

de forma integral, ou seja, a solução não é baseada nos verdadeiros interesses das partes. Tem-se, portanto, a resolução da lide processual (objetiva), deixando a solução da lide sociológica (subjetiva) em aberto, mantendo o conflito entre as partes.

Conforme atesta Rodrigo da Cunha Pereira,

> uma das grandes contribuições da Psicanálise à prática jurídica, é que, ao nos revelar uma outra realidade que é psíquica, desvenda uma subjetividade e razões inconscientes (se é que o inconsciente tem alguma razão) que faz quebrar uma máxima jurídica: "o que não está nos autos não está no mundo". Embora não esteja ali no mundo objetivo dos autos, as razões inconscientes e o gozo estão presentes, perpassando a cena objetiva do processo e dando ao mundo dos autos um destino muito diferente daquele que ele teria se estivessem presentes apenas os aspectos objetivos.[1449]

Tal situação é geralmente identificada principalmente nas decisões oriundas das Varas de Família, já que os conflitos que envolvem as relações familiares são os mais complexos por envolver uma carga de subjetividade muito grande, conforme será demonstrado a seguir.

## 18.2. Especificidades dos conflitos familiares

Para Lacan,[1450] é a família que organiza os processos do desenvolvimento psíquico, ocupando lugar de destaque no que se refere à transmissão da cultura.

Giselle Câmara Groeninga define a família como um "caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação em cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração."[1451]

Percebe-se, portanto, que a família é um complexo espaço relacional. Aliás, constata-se uma valorização e até mesmo uma supervalorização da família como um núcleo importante e responsável pelo crescimento e desenvolvimento da personalidade dos seus membros, tornando-se um espaço privilegiado para as vivências emocionais de toda ordem e, ao mesmo tempo, únicas. Com isso, a constituição de uma entidade familiar e, principalmente, a sua desconstituição envolve inúmeros aspectos e conflitos que encarnam e exacerbam a ambivalência afetiva presente em todas as relações.

Por isso, na dissolução de uma entidade familiar (separação, divórcio, dissolução de união estável), não só os aspectos legais devem ser analisados, as questões mais íntimas e subjetivas que geralmente representam o verdadeiro motivo

---

1449 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 58.

1450 LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 13.

1451 GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise:* rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 125.

do conflito devem ser discutidas, já que, muitas vezes, é necessário planejar entre os membros da família o relacionamento futuro pós-separação. Daí a necessidade de os laços afetivos serem discutidos, revistos e reestruturados.

Os conflitos, de modo geral, são associados a frustrações de interesses, necessidades e desejos, que podem, ou não, levar o sujeito a algum tipo de reação, evidenciando que os conflitos encerram em si uma dimensão cognitiva (objetiva) e outra afetiva (subjetiva), tanto os de ordem intrapessoal, quanto aqueles interpessoais. Nesse sentido, é possível apreender que a face externa de um conflito reflete apenas uma parte de sua realidade, ou seja, os conflitos manifestos são parte de um processo interno complexo e dinâmico.

A escalada do conflito associa-se, num primeiro momento, a uma deterioração perceptiva mútua entre as partes, podendo chegar, até mesmo, a uma ruptura entre elas, na qual cada parte passa a perceber que a solução do conflito não admite a inclusão da outra, vista como adversária, um obstáculo à satisfação de seus interesses ou necessidades. Assim, o foco passa a ser a outra parte e não a questão inicial e, consequentemente, há um aumento da carga afetiva em relação ao conflito, para o qual a única resolução possível é a vitória sobre o outro.

De acordo com Roque Caivano, Marcelo Gobbi e Roberto Padilla,[1452] na medida em que há uma escalada do conflito e a sua intensidade é aumentada, torna-se mais difícil lidar com ele a fim de se promover uma solução que satisfaça às partes. Os autores ressaltam que, ao ocorrer a escalada e com ela a ruptura da comunicação, o conflito dará lugar a uma disputa adversarial, para a qual a solução pode estar na intervenção de uma terceira parte.

Dada a forte carga de subjetividade que envolve os relacionamentos afetivos, os conflitos familiares tendem a ser mais complexos e de difícil solução. Por isso, diferentemente do que ocorre numa relação obrigacional ou comercial, nos conflitos familiares a identificação do certo e do errado, do justo e do injusto, é uma tarefa quase impossível. Para ilustrar essa assertiva, cabe, aqui, a citação de alguns trechos do conto *Sexo e Sonho*, de Edgard de Moura Bittencourt:

> Quando o cliente terminou o relatório de seu delicado caso, o advogado viu logo que o assunto se afastava demasiadamente da rotina. [...] Não havia nele complexidade propriamente jurídica. Sem embargo, afigurava-se-lhe dificílimo. Reduzido à sua expressão mais simples, o cliente desejava o divórcio porque a esposa volta e meia lhe narrava sonhos adúlteros. Se se tratasse de qualquer cliente e de qualquer advogado, o problema não exigiria mais do que uma breve explicação sobre as causas da separação, inexistentes no fato narrado. [...] Mas – dir-se-ia – ofendeu o marido contando o pecado. A confissão, contudo, poderia ter uma pitada de acinte ou uma tonelada de lealdade. [...] O advogado, portanto, não iria subestimar a aflição do cliente. Nem poderia simular que a subestimava, pois avaliou que, assim, faria o jogo daquela imaginação excitada. Fingiu dar importância à solução do divórcio e determinou que o cliente voltasse dois ou três dias depois. [...] Quando o cliente, cumprindo o prometido, retornou ao escritório, já o advogado havia construído um

---

1452 CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo.; PADILLA, Roberto. E. *Negociacón y mediacón*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 131.

> plano. Obteve daquele a afirmação sincera de que não duvidava da honra da esposa e obteve também autorização para entender-se com ela. Realmente, não concebia o divórcio sem tentativa de reconciliação e a do advogado é sempre melhor do que a formal do juiz. Mormente tratando-se de casal amigo. A entrevista entre a mulher e o advogado, breve tempo depois, foi surpreendente. Ela estranhou que o marido desejasse o divórcio; sentiu sua grave responsabilidade, porque, efetivamente, não eram verdadeiros os sonhos relatados ao esposo. Com exceção do primeiro – disse ela – os outros foram inventados. Contei-lhe o primeiro. Brigamos. Senti que qualquer coisa nova nos veio com a reconciliação, através de um amor diferente, mais forte, mais sexo. Cometi, então, a imprudência de inventar outros sonhos. O casal se recompôs, ciente o marido de que tudo não passara de fantasia. Vivem sossegados. O marido preocupa-se com o trabalho, alimenta-se bem e dorme tranquilo. A mulher zela pelo lar. Perdeu a alegria, é verdade. Talvez tenha sido um pouco da mocidade que se foi, no modo como seu raciocínio finge uma explicação, para afastar a idéia de que é triste por alguma razão impura. O advogado ufana-se de sua habilidade, que evitou tratamentos psicanalíticos e que impediu o divórcio temerário. O casal recuperou a felicidade, – pensa ele, vaidoso de sua vitória.[1453]

Diante das especificidades dos conflitos familiares, no lugar de o juiz impor uma decisão estabelecendo quem é culpado ou inocente, o melhor é que permita que as próprias partes encontrem uma solução para o conflito, sem a necessidade de acusações recíprocas. Isso significa aplicar a autonomia privada que, em sentido amplo, é materializada no ordenamento jurídico brasileiro pelo princípio da liberdade nas relações existenciais.

Conforme já demonstrado, nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei, principalmente na solução dos conflitos familiares, será capaz de estabilizar as expectativas das partes envolvidas no conflito. Na verdade, a jurisdição, apesar de ser considerada monopólio do Estado, não pode ser considerada monopólio do Poder Judiciário ou a única forma de se resolverem conflitos. Ora, se o que interessa, de fato, é a pacificação, pouco importa que ela se realize por intermédio do Estado, pela jurisdição ou por outros meios. Aliás, nas questões que versam sobre a intimidade das partes, desejos, frustrações, amores e desamores, correspondidos ou não, a solução mais adequada para um conflito é aquela encontrada pelas próprias partes, pois é a que melhor atende a seus interesses que, em geral, são da ordem da subjetividade.

Dessa forma, entende-se que o exercício da autonomia privada, com o auxílio de formas alternativas de resolução de conflitos, por exemplo, deva ser incentivado na constituição, na manutenção e na dissolução dos relacionamentos familiares de toda ordem. Conforme destaca Leonardo Barreto Moreira Alves[1454], há que se reconhecer um *Direito de Família Mínimo*, um Direito de Família no qual prevaleça o exercício da autonomia privada dos componentes de uma família. A liberdade que as pessoas possuem de regular seus interesses não se deve limitar aos negócios

---

1453 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. 5. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 62-63.

1454 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 144.

patrimoniais, deve ser incentivada e exercitada também no âmbito das situações subjetivas existenciais.[1455]

Portanto, mostra-se pouco eficiente e legítima a solução adversarial convencional mediante a solução adjudicada, por meio da qual um terceiro decide sem uma **ausculta** adequada, ou seja, que leve em consideração o conflito familiar em todos os seus espectros.[1456]

Dessa forma, há de se pensar novos modos de dimensionamento destes conflitos que ultrapassem os limites do que vem sendo implementado pela Resolução do CNJ 125/2010, especialmente quando o Código de Processo Civil (Lei nº 13.015/2015) procura instituir um **modelo multiportas *(multi-door system)*** em consonância com outros sistemas estrangeiros que se valem de soluções integradas de conflitos mais consentâneas com as mudanças sociais das litigiosidades.[1457]

## 18.3. O Código de Processo Civil e o modelo multiportas[1458]

Como se sabe, o CPC/15, dentro dos limites do discurso legislativo, tenta promover uma nova racionalidade para o trato das litigiosidades.

Ao se analisar o disposto no art. 3º do CPC[1459], percebe-se notória tendência de se estruturar um modelo multiportas que adote a solução jurisdicional tradicional agregada à absorção de outros meios.

---

1455 RODRIGUES JÚNIOR, W. E.. Autonomia Privada nas Relações Familiares. In: Carlos José Cordeiro; Josiane Araújo Gomes. (Org.). *Temas Contemporâneos de Direito das Famílias*: Volume 2. 1ed.São Paulo: Editora Pilares, 2015, v. 2, p. 303-326.

1456 NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Moisés Mileib de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; SILVA, Natanael Lud Santos e; Novo CPC, lei de mediação e os meios integrados de solução de conflitos familiares – por um modelo multiportas. *In*: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodvim, 2016, (p. 685-707), p. 692.

1457 NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Moisés Mileib de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; SILVA, Natanael Lud Santos e; Novo CPC, lei de mediação e os meios integrados de solução de conflitos familiares – por um modelo multiportas. *In*: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodvim, 2016, (p. 685-707), p. 692.

1458 O texto do presente tema tem como base o artigo escrito em coautoria com Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva e Moisés Mileib de Oliveira, cuja leitura recomendamos: NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Moisés Mileib de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; SILVA, Natanael Lud Santos e; Novo CPC, lei de mediação e os meios integrados de solução de conflitos familiares – por um modelo multiportas. *In*: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodvim, 2016, (p. 685-707).

1459 Código de Processo Civil: Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Busca-se, assim, a adoção de uma solução integrada dos litígios, como corolário da garantia constitucional do livre acesso à jurisdição constante do inc. XXXV do art. 5º da CF/88.

A mescla destas técnicas de dimensionamento de litígios se faz momentaneamente necessária pela atávica característica do cidadão brasileiro de promover uma delegação da resolução dos conflitos ao Judiciário, fato facilmente demonstrável pela hiper judicialização de conflitos. Mesmo daqueles que, ordinariamente, em outros sistemas, são resolvidos pela ingerência das próprias partes mediante a autocomposição.

Desde a década de 1970 existe uma enorme tendência de uso cada vez mais recorrente das chamadas ADRs (*Alternative dispute resolution* – técnicas alternativas de resolução de conflitos) como opção ao sistema jurisdicional tradicional. Essa inclinação se iniciou como uma tendência de permitir que conflitos de menor complexidade, que não necessitassem de conhecimento jurídico, pudessem ser dimensionados fora do sistema tradicional (jurisdição).[1460]

O Brasil não ficou alienado a este fenômeno pós-Constituição de 1988 e ao fortalecimento de correntes de cariz socializador a partir da década de 1990.[1461]

Em assim sendo, paralelamente à visão técnica do funcionamento da justiça oficial (fortemente inspirada em métodos forjados para enfrentar a contenciosidade), ganha terreno, no fim do século XX e início do século atual, a preocupação dos cientistas do direito processual com a implantação da chamada justiça coexistencial.

Nos termos postos, vislumbra-se que para além de se pensar na jurisdição como última via para se dimensionar um conflito, hoje é possível se pensar que as chamadas técnicas alternativas, podem ser utilizadas como vias plúrimas e adequadas para a solução mais apropriada, quando bem estruturadas e levadas a cabo de modo profissional[1462], independentemente do nível de complexidade do conflito que se apresente.[1463]

No que tange às demandas familiares, a abertura de meios que congreguem a atuação técnica jurídica com outros saberes (*v.g.* psicologia, serviço social) se torna imperativa para atuar nos níveis de complexidade ínsitos das relações interpessoais afetivas da atual quadra histórica.

Durante muito tempo se pensou nas ADRs tão só para conflitos mais singelos.

Porém, como já dizia Frank Sander em clássica preleção de 1976, deveriam ser pensados certos critérios na determinação do mecanismo apropriado de resolução de disputas.

---

1460 THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil*: Fundamentos e sistematização. 2.ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

1461 NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

1462 O Novo CPC viabiliza a necessidade de formação adequada de mediadores e de conciliadores no arts 166 a 174.

1463 THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigância de Interesse Público e Execução Comparticipada de Políticas Públicas. *Revista de Processo*. v.224. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. /2013.

Naquela oportunidade, mesmo sem usar a atual nomenclatura corriqueira (*Multi-door Courthouse* – Tribunal multiportas), Sander já lançava as bases para um Centro de Justiça Global, que forneceria acesso a uma variedade de instalações de ADRs (mediação, arbitragem, *ombudsman, fact finding, small claims* etc.), com a finalidade de se buscar a opção técnica mais adequada e que poderia, segundo ele, reduzir a quantidade de demandas do sistema jurisdicional. Criar-se-ia um lugar no qual métodos ecléticos de resolução de disputas estariam, de modo concentrado, à disposição dos cidadãos.

Tal modelo *multi-door* vem, apesar de vários percalços de implementação, obtendo bons resultados nos EUA e servindo de modelo para inúmeros outros países.

Essa experiência estrangeira mostrou que as negociações preliminares (pre-trial negotiations), etapa inicial do procedimento, seriam convenientes em quaisquer tipos de litígio, e que o "juiz" (ou profissional) a presidir a audiência não deveria ser o mesmo que haveria de promover a análise do litígio em sua fase de julgamento.

Inspirado nessa premissa, o CPC/15 determina a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (art. 165), com profissionais formados para tal fim (art. 167), integrados ao próprio sistema jurisdicional; mas sem obstar o uso de câmaras privadas de conciliação e mediação, desde que habilitadas e cadastradas perante os Tribunais de Justiça.

Assim, claramente, a atual escolha pode trazer ferramentas plúrimas ao jurisdicionado, mas sem a pretensão de trazer maior celeridade e diminuição de custos, especialmente quando se percebe a necessidade que o CPC/15 traz de que os novos conciliadores e mediadores passem por uma capacitação obrigatória (que induz gastos – art. 167) para a profissionalização de suas funções e da necessidade de criação dos centros de autocomposição.

Pontue-se que no sistema estadunidense, que inspira o CPC/15, em face da adoção multiportas de técnicas, criou-se uma possibilidade de triagem de casos (*screening process*) a partir da noção de gerenciamento de litígios (não de processos) ou "*case management*".

A ideia parte da noção de que os litígios, especialmente dentro de um quadro de diversidade de tipos e de graus de complexidade, merecem ser geridos e direcionados para a via processual adequada para seu dimensionamento.

Nesses termos, no CPC/15, verifica-se que a mediação e a conciliação, de técnicas alternativas, passam a compor um quadro de soluções integradas[1464] de

---

1464 Como elucidam Leonardo Carneiro da Cunha e João Lessa: "[...] o projeto institucionaliza os ADR, disciplinando-os, na realidade, não como meios "alternativos" de resolução de disputas, mas como meios "integrados". Realmente, ao tratar da mediação e da conciliação, o projeto prevê sua realização no processo judicial, sem, todavia, eliminar sua independência e flexibilidade, criando, ademais, instrumentos de comunicação e de troca cooperativa com a arbitragem, como a carta arbitral. Há, no projeto, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes

modo que, uma vez proposta a demanda, haveria a possibilidade de escolha da técnica mais adequada para o dimensionamento de cada conflito. Cria-se, ademais, um modelo próprio de triagem de casos (*screening process*) com:

a)Audiência inaugural de conciliação ou mediação (art. 334), logo após a análise da petição inicial, na qual o conciliador ou mediador profissional, onde houver, atuará necessariamente;

b)Ou a remessa imediata aos centros judiciários de solução consensual dos conflitos para que, mediante a ingerência de profissionais treinados, se busque dimensionar o conflito.

Assim, apesar das duras críticas que se podem fazer à tendência de absorção destas técnicas no bojo do processo jurisdicional, o CPC/15, buscando reduzir os déficits de sua eficiência, em face, inclusive, da ausência de profissionalismo no uso das técnicas, tenta promover um peculiar modelo multiportas no qual o processo judicial encampa a solução adjudicada (jurisdicional), além da possibilidade endoprocessual de uma conciliação e/ou mediação profissionalizada. Isso permitirá, caso bem implementado, a mudança do atual perfil do dimensionamento dos conflitos em geral e, em especial, dos familiares.

No campo dos procedimentos familiares não se pode olvidar que o CPC/15 traz regramento mais detalhado para o uso dessas técnicas nos conflitos familiares nos moldes dos artigos 693 a 699.

Incontroversa a efetiva alteração representada quanto às estruturas processuais, pelos contornos e conotações empreendidas pelo CPC/2015 em relação às vias integradas de resolução de conflitos. Como dito alhures, a possibilidade inaugural de realização da audiência de conciliação ou mediação do art. 334, poderá retardar a litigiosidade excessiva das partes, presente no atual sistema, que torna penosa e pouco produtiva qualquer tentativa de harmonização, permitindo um tratamento adequado aos conflitos que ocorrem no âmbito familiar.

A inserção desse modo de gestão de conflitos, que dá primazia à racionalidade comunicativa em detrimento da exacerbada litigiosidade, é garantida também pelo disposto no § 1º do art. 695, ao determinar que o mandado de citação esteja desacompanhado da cópia da petição inicial.

Pontue-se que nos termos do mesmo § 1º do art. 695, será garantido ao réu o direito de examinar a exordial a qualquer tempo. Mas, segundo um argumento pragmático, evita-se o acesso imediato de potenciais conteúdos que fomentem o

---

apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador. Além de propiciar um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido, o projeto contribui para ampliar o acesso democrático à justiça, pois, como esclarecem Dierle Nunes e Ludmila Teixeira, "o acesso à justiça democrático exige que as autonomias dos cidadãos sejam respeitadas não somente no momento da gênese do direito, mas sobretudo no momento aplicativo." (CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA, João. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. *In:* NUNES, Dierle; DIDIER, Fredie. *et al. Novas tendências do Processo civil*: estudos sobre o projeto de novo CPC. v.2. Salvador: Jus Podivm, 2014).

embate que poderá desgastar desnecessariamente e inviabilizar as possibilidades de construção consensual da resolução do conflito.

O dispositivo em comento, além de evitar a litigiosidade, visaria preservar a subjetividade dos envolvidos, não expondo, desnecessariamente, os fundamentos e razões dos pedidos, preservando, supostamente, as condições para a realização da conciliação ou mediação.

Assevere-se, no entanto, que muitas vozes já se insurgem à vedação de conhecimento imediato ao conteúdo da inicial pelo réu, em face de potencial vício de inconstitucionalidade por mitigação do contraditório como não surpresa, e até mesmo pela percepção de que, ordinariamente, o resultado mais efetivo (e legítimo) de uma autocomposição é fruto de um conhecimento mais pleno dos riscos do processo (como ocorre em sistemas estrangeiros, como *v.g.* o estadunidense) no qual durante as tratativas todos os argumentos relevantes são "postos à mesa", diversamente da busca do acordo mediante ignorância.

Ademais, parece falsa a crença de que a parte não irá diligenciar na secretaria (gerando, talvez, um aumento destes serviços cartoriais) para conhecimento do teor da demanda, mesmo que movido pela curiosidade; especialmente quando o dispositivo viabiliza acesso ao conteúdo pela parte ré, bastando apenas que ela se dirija ao juízo competente.

Apesar desta relevante discussão percebe-se que a opção do CPC/15, ao institucionalizar vias plúrimas de dimensionamento dos conflitos, visa proporcionar um campo de ação multidisciplinar, por meio do qual as pessoas construam, de modo comunicacional e relacional, a solução do conflito, respeitando as individualidades e as histórias de vida pessoal e familiar.

Ao determinar, no art. 694, que nas ações de família todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual[1465] da controvérsia, devendo o juiz valer-se de profissionais de diversas áreas, reconhece-se a necessidade de descentralização e desierarquização dos mecanismos convencionais de solução de conflito, retirando do juiz a supremacia messiânica[1466] de sua decisão, dando aos envolvidos a possibilidade de construírem, conjuntamente, resoluções que sejam verdadeiramente satisfatórias.

Não se quer com isso dizer que as formas alternativas de resolução de conflito implicam a rejeição das normas jurídicas ou o não cumprimento das leis, mas o exercício da liberdade e da autonomia das partes na solução dos seus próprios conflitos, de maneira criativa e transformadora, sem se sujeitar, necessariamente, ao imperativo do Estado ou a outros mecanismos de poder. Trata-se do poder que os particulares têm de criar regras próprias, com base em seus interesses (objetivos ou subjetivos), patrimoniais ou não patrimoniais, mas sempre em conformidade com o ordenamento jurídico.

1465 Por determinação do art. 697 apenas diante da impossibilidade clara de acordo, o procedimento retomará a tramitação convencional, abrindo-se ao réu a possibilidade de apresentação de contestação, nos termos do art. 335.

1466 MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n.º 58, p. 183 – 202, novembro de 2000.

Nos tópicos a seguir, serão discutidas a mediação e a prática restaurativa de processos circulares, práticas que emergem e ganham destaque como formas alternativas de resolução de conflitos familiares.

## 18.4. Mediação: conceituação e distinções necessárias

Bonafé-Schimitt define a mediação da seguinte forma: "[...] A mediação é um processo frequentemente formal, pelo qual um terceiro neutro tenta, por meio da organização de trocas entre as partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista, e procurar, com sua ajuda, uma solução para o conflito que os opõe."[1467] (tradução nossa)

Já Adolfo Braga Neto afirma que

> [...] mediação é uma técnica não-adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas.[1468]

Apesar da clareza dos conceitos apresentados, não é tarefa fácil definir mediação. A variedade e a confusão de conceitos são enormes. A mediação em hipótese alguma se confunde com a arbitragem, pois, diferentemente do árbitro, o mediador não decide, apenas facilita a comunicação entre as partes para que elas solucionem o conflito ou, pelo menos, estabilizem suas expectativas em relação ao conflito. Já em relação à conciliação, a distinção é um pouco mais complexa. Por isso, além de definir o que seja a mediação, convém distingui-la da conciliação, pois tais conceitos geralmente são usados como sinônimos.

O ponto-chave de distinção entre a mediação e a conciliação é o grau de interferência do terceiro (mediador ou conciliador) na elaboração do acordo. Lília Maia de Morais Sales estabelece a seguinte distinção entre conciliação e mediação:

> A diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação, o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo.[1469]

---

1467 "[...] la médiation comme étant un processus le plus souvent formel par lequel un tiers neutre tente à travers l'organisation d'échanges entre les parties de permettre à celles-ci de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose." (BONAFÉ-SCHIMITT, Jean-Pierre. *La médiation:* une justice douce. Paris: Syros-Alternatives, 1992, p. 16-17).

1468 BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). *Mediação:* métodos de resolução de controvérsia. São Paulo: LTr, 1999, p. 93.

1469 SALES, Lília Maia de Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004,

A mediação é o processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador, terceiro neutro e imparcial, tem a atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar a uma solução aceitável. A decisão é das partes, tão somente delas, pois o mediador não tem poder decisório nem influencia diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos.[1470] Essa, inclusive, é a ideia por trás do conceito de mediação constante do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015:[1471]

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
> Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Já o conciliador, apesar de não decidir, influencia diretamente na decisão das partes por intermédio de uma intervenção mais direta e objetiva. Para alcançar o objetivo final, ou seja, o acordo, o conciliador induz, dá palpites e sugestões. Assim, diante de um conflito a respeito do valor de uma indenização, o conciliador pode sugerir o meio-termo entre o que é ofertado por uma das partes e o que é pedido pela outra, ou sugerir o parcelamento desse valor, ou persuadir, alertando sobre qual deverá ser a solução do juiz para o caso.

Roberto Portugal Bacellar distingue a mediação da conciliação com base no aspecto prático. As duas formas alternativas de resolução de conflitos não têm aplicação indiscriminada ou aleatória, dependendo do caso concreto, uma forma pode ser mais indicada do que a outra. Conclui o autor:

> A conciliação é opção mais adequada para resolver situações circunstanciais, como indenização por acidente de veículo, em que as pessoas não se conhecem (o único vínculo é o objeto do incidente), e, solucionada a controvérsia, lavra-se o acordo entre as partes, que não mais vão manter qualquer outro relacionamento; já a mediação afigura-se recomendável para situações de múltiplos vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas, entre outros. Como a mediação procura preservar as relações, o processo mediacional bem conduzido permite a manutenção dos demais vínculos, que continuam a se desenvolver com naturalidade durante a discussão da causa.[1472]

---

p. 38.

1470 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 75

1471 Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

1472 BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais:* a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 231.

O CPC/15 absorveu essa distinção entre as figuras do mediador e do conciliador. Hoje, os tribunais devem criar, observando as normas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), centros judiciários de solução consensual de conflitos, que responderão pelas sessões e audiências de conciliação e de mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Nessa perspectiva, o CPC/15 diferenciou a atuação do conciliador e do mediador. Aquele, preferencialmente, poderá sugerir soluções para litígios nos quais inexista vínculo anterior entre as partes, enquanto este, o mediador, tem sua atuação preferencial nos litígios em que exista vínculo anterior entre as partes, mas não poderá sugerir soluções, cabendo-lhe estimular os litigantes a identificarem, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.[1473]

O CNJ, por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, alterada pela Resolução nº 326 de 26 de junho de 2020, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Considerou-se, para tanto, que cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

Portanto, a mediação representa um procedimento não adversarial, fundado na autonomia privada, já que o mediador não decide, apenas facilita a comunicação entre as partes, o que possibilita estabelecer as bases de um acordo que será fruto exclusivo da vontade das partes envolvidas no conflito.

Todo esse procedimento permite que as pessoas sejam ouvidas, que seus interesses sejam declarados e suas dúvidas sanadas, numa constante busca por consenso e acordo. Trata-se de um verdadeiro procedimento realizado em contraditório, possibilitando que os sujeitos envolvidos no conflito se autoconstituam.

Ao facilitar a comunicação entre as partes, o mediador tenta ajudá-las a encontrar o direito, o direito “intermediário”, que atenda às reivindicações de ambas. Conforme ressalta João Baptista Villela,

---

1473 Código de Processo Civil
Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.
§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.
§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

> na solução dos conflitos de interesse cresce de importância o recurso à composição amigável, não só pela notória insuficiência da justiça pública em decidir oportunamente as questões que lhe são submetidas, como pelos seus elevados custos econômicos, sociais e psicológicos, que não constitui, de resto, nenhuma garantia de acerto ou adequação.[1474]

Dentro de uma perspectiva civil-constitucional, a mediação elucida o prestígio à manifestação da autonomia privada. Isso vem perfeitamente ao encontro dos anseios de uma sociedade plural, aberta à participação de todos, em que o devido processo legal precisa ser exercido em toda a sua plenitude, a exemplo das sociedades que vivem e se realizam sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

## 18.4.1. Mediação aplicada ao direito das famílias

Na dissolução de uma entidade familiar, toma-se por ideal que a decisão seja buscada e encontrada em conjunto, por meio de práticas discursivas dialógicas; que não se busque um culpado e um inocente, mas sim o entendimento acerca de que um relacionamento, ou parte dele, chegou ao fim. E, quando da existência de filhos comuns, prevaleça a consciência de que o relacionamento como marido e mulher não deu certo, mas que como pai e mãe, sempre no melhor interesse dos filhos, tal relacionamento deve continuar, agora, entre pais, e não entre marido e mulher.

O Enunciado 335 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, considerando apenas um dos aspectos da dissolução de uma entidade familiar, ou seja, a guarda dos filhos menores, estabelece: "A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar." Evidente que o uso da mediação não se restringe ao instituto da guarda na dissolução de uma entidade familiar.

A mediação apresenta-se como um caminho alternativo à resolução ou à transformação dos litígios no âmbito familiar, no qual há a preocupação com a história de vida e com a preservação emocional das partes.

Como demonstrado anteriormente, os conflitos familiares envolvem inúmeras questões subjetivas e, assim, postula-se que as partes não podem e não devem ficar alheias à sua solução, simplesmente esperando que um terceiro diga o que é certo e o que é errado. É preciso que lhes seja oferecida a oportunidade a fim de que busquem autorregulamentar a solução do conflito criado por elas mesmas, ou melhor, autoconstituam-se.

De acordo com Michel Foucault, "o sujeito se autoconstitui ajudando-se com técnicas de si, no lugar de ser constituído por técnicas de dominação

---

1474 VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade:* por uma ordem social não violenta. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982. (Série Monografias, n. 3). p. 21.

(poder) ou técnicas discursivas (saber).”[1475] Dessa forma, embora na mediação também haja assujeitamento, estruturado sob o domínio do binômio saber-poder, concorrentemente, há a resistência representada pela possibilidade que o sujeito encontra de desvencilhar-se de regras de conduta preestabelecidas na busca por transformação. Assim, há a coexistência de forças de sujeição, mas há também a evidência de forças transformadoras que se constituem em possibilidades para o exercício da autonomia dos sujeitos envolvidos no conflito.

A mediação pode ser entendida como uma experiência singular, pois permite a expressão do saber da vida, a reflexão e o surgimento de uma nova subjetividade, sem se perder diante da necessidade objetiva de regras ancoradas no ordenamento jurídico para a efetiva resolução das disputas.

Nesse sentido, Maria Zoé Rios Fonseca de Andrade, enfatiza que

> [...] a problematização da prática da mediação, como resistência e novos modos de subjetivação, nos leva a focalizar o olhar nas práticas de resolução de conflitos, para além da aplicação de uma lei, de um acordo ou de uma forma de acesso à justiça. É levar em consideração o sujeito. É ater-se a uma forma de estabelecer o exercício da liberdade e criação de ações reflexivas e livres, que provém novos modos de existência.[1476]

Reitera-se, portanto, que o objetivo principal da mediação é a transformação do conflito. Além disso, por meio da mediação, também é possível prevenir novos conflitos, uma vez que eles são percebidos como fenômenos capazes de promover uma mudança positiva, um crescimento e, sobretudo, a construção de uma responsabilização mútua pelo sucesso de uma solução, viabilizando parâmetros que tornem possível a negociação futura.

De acordo com Roberto Portugal Bacellar, não basta resolver apenas a *lide processual*, ou seja, aquilo que foi trazido pelos advogados ao processo, é preciso ir além, buscar a satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado, buscar a resolução integral do conflito – *da lide sociológica*.[1477]

A mediação familiar é um processo que destaca a autonomia e a responsabilidade dos cônjuges na tomada de decisões acerca dos seus próprios conflitos, segundo Maria de Nazareth Serpa.[1478] Por isso, a solução encontrada pelas partes é a que melhor atende aos seus interesses, pois, envolvidas num processo (mediação) em que reconhecem a existência do conflito e a necessidade de resolvê-lo, as pessoas têm maior possibilidade de fazer a distinção entre o que se refere ao aspecto econômico, material, e o que diz respeito ao lado emocional, afetivo e singular. Observando a realidade sob um outro prisma, sem a noção de que

---

1475 FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 620.

1476 ANDRADE, Maria Zoe Rios Fonseca de. *Resistência e modos de subjetivação na prática de resolução de conflito familiar - mediação.* 2006. 77f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

1477 BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais:* a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 223.

1478 SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 26.

haverá um ganhador e/ou um perdedor, os cônjuges veem facilitado o processo de negociação.

Por isso, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, "a intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo."[1479]

O negócio jurídico é o instrumento mais importante utilizado pelas pessoas para a realização dos seus interesses, já que têm, na vontade humana, a sua principal fonte de efeitos. Claro que, diferentemente do que ocorria na época do liberalismo, tal vontade, nos dias de hoje, não pode ser colocada como dogma absoluto, seja nas relações patrimoniais e, muito menos, nas existenciais. É que a ideia de autonomia da vontade cedeu lugar à ideia de autonomia privada.[1480]

Algumas normas que regulamentam o direito das famílias são de ordem pública ou cogentes. Entretanto, mesmo nas questões que versam sobre o direito das famílias, a vontade das partes envolvidas pode e deve ser considerada. A autonomia privada não pode ficar circunscrita apenas ao direito das obrigações. De acordo com Maria de Lourdes Isaía Pinheiro,

> a despeito dos que entendem o negócio jurídico tão-somente com ato de disposição de interesses patrimoniais, acredita-se que, em muitas situações, está ele vinculado diretamente a fins e interesses não-econômicos, reconhecendo-se, simultaneamente, a presença de ambos os interesses, os patrimoniais e os não-patrimoniais, nos direitos familiares.[1481]

Na perspectiva foucaultiana, a mediação pode representar uma forma de resistir, de se constituir e se reconhecer como sujeito.[1482] Segundo Maria Zoé Rios Fonseca de Andrade,[1483] representa a possibilidade de construção de uma subjetividade sem a necessidade do aval de um discurso ou de um poder normalizador, evitando que o poder se cristalize em estados de dominação e que se constitua sem posicionamento do sujeito.

A verdadeira justiça com paz social só é alcançada quando todas as questões que envolvem o litígio são discutidas e tratadas de forma completa e satisfatória pelas próprias partes. É o que ocorre, quando se chega a um acordo por meio da

1479 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 157.

1480 Prestigiando o exercício da autonomia privada no âmbito do Direito de Família, foi promulgada no dia 04 de janeiro de 2007 a Lei nº 11.441 que, especificamente sobre as separações e divórcios, passou a admiti-los diretamente no Tabelionato de Notas, mediante simples lavratura de escritura pública.

1481 PINHEIRO, Maria de Lourdes Isaía. Negócios jurídicos nos direitos de família. *In*: ELESBÃO, Elsita Collor (Coord.). *Pessoa, gênero e família:* uma visão integrada do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 84-85.

1482 FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade II:* o uso dos prazeres. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 11.

1483 ANDRADE, Maria Zoe Rios Fonseca de. *Resistência e modos de subjetivação na prática de resolução de conflito familiar – mediação*. 2006. 77f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

mediação, pois representa a expressão do que cada parte aceita como *justo* e se compromete a cumprir, sendo, por isso, uma solução satisfatória e duradoura.

Com a mediação, portanto, abre-se a possibilidade para que o sujeito se autoconstitua por meio das oportunidades de transformação em seu ser singular, tornando-se sujeito de si mesmo, apropriando-se de sua experiência, estabelecendo, sobretudo por meio da escuta reflexiva, novos vínculos. As soluções são mais criativas e transformadoras, já que consideram a própria realidade vivenciada pelas partes e, reconhecendo-se e respeitando-se as diferenças, relacionamentos mais autênticos podem ser construídos.

A mediação sem dúvida representa espaço *de* e *para* a libertação e criação de novos modos de subjetivação. Contudo, entende-se que tal prática não é fácil, pois muitas vezes as próprias pessoas preferem que o Estado (Juiz) decida os rumos de suas vidas. Não é fácil para o indivíduo libertar-se da dominação do Estado e de outras formas de poder, dos discursos *verdadeiros* estampados nas normas e, de maneira livre e transformadora, criar formas de subjetividade e tornar-se autor de si próprio.[1484]

## 18.5 A prática restaurativa de processos circulares[1485]

A prática restaurativa de processos circulares é um dos instrumentos utilizados para se efetivar a chamada Justiça Restaurativa[1486]. Sua aplicabilidade é ampla, podendo ser utilizada em diversas situações, adequando-se à singularidade de cada caso. Os processos circulares dão-se por meio de círculos de paz, denominados também de restaurativos, cujas finalidades são variadas.

Nele reúnem-se voluntariamente as partes, seus familiares, amigos, outros membros da comunidade – que pertencem à denominada rede primária de interessados –, bem como a sociedade representada por operadores do direito – “juiz, promotor, advogado de defesa, polícia, oficial de condicional e outros profissionais.”[1487] Os participantes dialogam acerca do evento danoso, a razão de ele

1484 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Separação e divórcio consensuais: possibilidade de criação de novos modos de subjetivação. *Autêntica* (Goiânia), v. 5, p. 279-287, 2008.

1485 O texto do presente tema tem como base o artigo escrito em coautoria com Rafaella Rodrigues Malta, cuja leitura recomendamos: MALTA, Rafaella Rodrigues; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Alienação parental: a responsabilização do ente alienador por meio da prática restaurativa. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v.20. N.40 (2017). Publicado em 02 jul. 2018. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1025. Acesso em: 17 jul. 2021.

1486 Em linhas gerais, a Justiça Restaurativa é um modelo de justiça que se opõe ao paradigma vigente de Justiça Retributiva. Não se pretende a punição por uma ofensa a um bem-jurídico social, mas sim – a partir do reconhecimento autônomo dos fatos – a responsabilização ativa do ofensor na reparação dos danos causados à vítima, a restauração do tecido social rompido pelo crime, a reintegração de vítimas e ofensores na sociedade, observando às possibilidades e necessidades de ambas as partes.

1487 PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Da reflexão à ação). p.30.

ter ocorrido, qual dano ele ocasionou e o que é necessário para repará-lo e evitar a repetição, buscando-se o consenso.

Cumpre destacar a peculiaridade do círculo restaurativo. Trata-se de uma metodologia antiga, inspirada em antigas tradições tribais e que "hoje se mescla aos conceitos contemporâneos de democracia e inclusão, próprios de uma sociedade complexa e multicultural"[1488]. É um método dialógico em que pessoas interessadas e envolvidas voluntariamente participam.

> Usando elementos estruturais intencionais (cerimônias, um bastão de fala, um facilitador ou coordenador, orientações e um processo decisório consensual) os Círculos objetivam criar um espaço onde os participantes se sentem totalmente autênticos e fiéis a si mesmos.[1489]

No círculo, os participantes sentam-se em roda, sem mesa ao centro, simbolizando horizontalidade, igualdade, conexão, inclusão, ausência de barreiras.

Nele as partes são incentivadas a criarem princípios orientadores dos círculos, quando se solicita aos participantes que eles digam o que querem para si mesmos dos outros e, posteriormente, de modo consensual, tais princípios orientadores aplicam-se a todos no círculo. As orientações dizem respeito mais a um esclarecimento das expectativas de condutas construídas conjuntamente para que os participantes se sintam seguros o suficiente para serem sinceros e autênticos, figurando como lembretes de um compromisso firmado, do que de regras e limites rígidos. Pranis[1490] explica que dentre os princípios orientadores sempre se encontram a fala e a escuta respeitosa, bem como a confidencialidade.

Credita-se muito a promoção eficaz da escuta ativa no ambiente do círculo à utilização do bastão de fala. Esse elemento estrutural é um objeto que possui uma simbologia para os envolvidos e que passa de pessoa para pessoa dando a volta na roda e possibilitando a todos a oportunidade de fala e de escuta, uma vez que somente o detentor do bastão tem a palavra, enquanto os outros "têm a oportunidade de escutar sem pensar numa resposta"[1491].

O círculo também possui uma aparente semelhança com outros métodos autônomos de resolução de conflito ao eleger como elemento estrutural um facilitador. Este, também chamado de cuidador ou guardião, não é responsável por sugerir soluções ou controlar o grupo. "Seu papel é o de iniciar um espaço respeitoso e seguro e envolver os participantes na partilha da responsabilidade pelo espaço e pelo trabalho em comum."[1492]

---

1488 PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Da reflexão à ação). p.15.

1489 PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Da reflexão à ação). p.25-26.

1490 PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Da reflexão à ação). p.50.

1491 PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Da reflexão à ação). p.51.

1492 PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Da reflexão à ação). p.53.

Diferentemente do que ocorre na mediação, por exemplo, o facilitador participa do processo e pode oferecer seus pensamentos, ideias e histórias, mas sem sugerir acordos para a resolução do conflito. Minimizar seu viés de atuação é desejável no círculo, porém isso se consegue mediante cuidado e atenção acolhedores em relação a todos os participantes, em vez de um distanciamento clínico. O facilitador preserva-se multiparcial ao se aproximar de forma equânime de todos.

Nas primeiras rodadas do círculo há a partilha de valores, elaboração dos princípios orientadores, e a contação de histórias, "o facilitador é o modelo de vulnerabilidade na partilha de sentimentos profundos. As rodas devem ser dirigidas no sentido de uma partilha positiva."[1493]. Utiliza-se a contação de histórias antes de se adentrar no conflito em si[1494], pois quebra a animosidade entre os envolvidos, os humaniza e nutre a empatia, criando *rapport*. Desse modo, estar-se-ão desconstruindo preconceitos com relação às outras pessoas envolvidas.

Optou-se por uma explicação da prática restaurativa de processos circulares a fim de demonstrar quão efetiva a aplicação dessa metodologia pode ser, sobretudo em fenômenos complexos como o da alienação parental. "Dar apoio a famílias acusadas de negligência ou maus tratos a crianças e, ao mesmo tempo, garantir a segurança destas; [...] [e para] resolver conflitos familiares"[1495].

Tem-se no círculo um espaço informal, aconchegante, confidencial e horizontalizado apto a desconstruir a falácia do genitor alienador perverso e doente versus genitor alienado, cuja conduta é exemplar – tendo em vista a maioria dos casos de alienação que aportam no Judiciário.

Diferentemente do processo judicial e de outros métodos autônomos de resolução de conflito, o círculo não só considera o aspecto jurídico do conflito, como também os aspectos mentais, físicos, emocionais e espirituais, que compõem a experiência humana[1496] e, ainda, oportuniza a participação de uma rede de apoiadores daqueles diretamente envolvidos e que nunca deixaram de ser interessados nele, mesmo que de forma mediata - como familiares, membros da comunidade que as partes têm como referencial, assistentes sociais, professor do infante, psicólogos, entre outros.

Conforme já informado, o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – incentiva, em seu art. 3º, §§ 2º e 3º, métodos consensuais de resolução de conflito. Mais especificamente no caso das ações de família, prevê, em seu art. 694, que todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia.

Não se pode olvidar, ademais, que a Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015, que dispõe tanto sobre a mediação judicial como a extrajudicial, prevê em seu art. 42

1493 PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Da reflexão à ação). p.59.

1494 PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Da reflexão à ação). p.56-57.

1495 PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Da reflexão à ação). p.32.

1496 PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Da reflexão à ação). p.45.

que o disposto nessa lei será aplicado, no que couber, a outros métodos consensuais de resolução de conflito, tais como a prática restaurativa.

Sendo assim, aplica-se às práticas restaurativas o disposto no art. 3º da Lei de Mediação, ou seja, direitos indisponíveis, mas transigíveis, podem ser objeto das práticas restaurativas e vindo as partes a chegar a um consenso, no caso de existência de interesses de incapazes, torna-se necessária a homologação do acordo em juízo, exigindo-se a oitiva do Ministério Público.

Insta ressaltar que no nosso ordenamento jurídico brasileiro não há uma previsão expressa acerca da aplicação das práticas restaurativas em conflitos familiares. Quando mencionadas, as práticas restaurativas estão atreladas à Justiça Restaurativa na esfera criminal ou em razão de conflitos no ambiente escolar, como no Plano Nacional de Direitos Humanos – 3, na Lei do Sinase, nas Resoluções nº 118 do CNMP e nº 125 e 225 do CNJ. Especificamente em relação à Resolução nº 225 do CNJ de 31 de maio de 2016, cumpre salientar que esta foi o primeiro instrumento normativo brasileiro de grande amplitude a conceituar a práticas restaurativas em seu art. 1º, III:

> as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações futuras.

Pelas normativas acima explicitadas, nota-se que o Estado vem empreendendo esforços para que as práticas restaurativas sejam institucionalizadas dentro dos Tribunais, sob a perspectiva do acesso material à justiça e do sistema multiportas. No entanto, não se tem notícia da aplicação de práticas restaurativas em conflitos familiares, como os de alienação parental, dentro dos Tribunais.

Contudo, não há nenhum óbice à aplicação de práticas restaurativas nos casos de alienação parental de modo extrajudicial. Tal como a mediação, as práticas restaurativas podem ser utilizadas a qualquer tempo – extraprocessual, pré-processual, processual ou pós-processual. Quando não há processo em curso, chegando as partes a um consenso, o acordo pode ser homologado pelo juízo.

Na hipótese de haver processo em curso, como um processo de dissolução de união estável ou uma ação declaratória de alienação parental, por exemplo, as partes podem requerer conjuntamente a suspensão do processo durante período de sessões de círculo, nos termos do art. 16, *caput*, da Lei de Mediação c/c art. 694, parágrafo único do CPC/15, e se diligenciarem a uma prática restaurativa extrajudicial. Estando o processo suspenso, os prazos processuais também o estão, conforme o art. 221, caput, CPC/15.

Acredita-se que a aplicação das práticas restaurativas de modo judicial em conflitos familiares ainda não é possível somente em virtude de questões estruturais, como a escassez de facilitadores capacitados. Havendo o aparato dentro dos Tribunais, o caso poderá ser encaminhado para as práticas restaurativas e o processo ficará suspenso, inclusive com relação aos prazos, enquanto perdurar as

sessões de círculos, nos termos dos artigos 694, parágrafo único; 696 e 221, parágrafo único, todos do CPC/2015 e do art. 16 da Lei nº 13.140/2015.

Do exposto, conclui-se que a utilização das práticas restaurativas como um dos possíveis caminhos para a resolução de controvérsias é primordial para a garantia do direito de acesso efetivo à Justiça, visto que viabiliza uma solução consciente construída pelos próprios envolvidos, promovendo a (re)estruturação de seus vínculos afetivos.

## 18.6. Enunciado do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

**Enunciado 335 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** Art. 1.636: A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.

# Referências


ANDRADE, Maria Zoe Rios Fonseca de. *Resistência e modos de subjetivação na prática de resolução de conflito familiar - mediação.* 2006. 77f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

ANTUNES, Pedro Henrique Torquato Viana. *O status jurídico dos animais não humanos e a sua situação nos casos de dissolução de sociedades conjugais em vida.* 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.

ARENDT, Hannah. *A condição humana.* 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994/2014*. Sancionada: Octubre 1 de 2014. Promulgada: Octubre 7 de 2014. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26994-235975/actualizacion. Acesso em 20 jun. 2020.

ARRUDA, Roberto Thomas. *O direito de alimentos*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1986.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SOUZA, Ivone Coelho de. Parto anônimo: uma omissão que não protege. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões,* Porto Alegre/Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, jun./jul. 2008.

AZEVEDO, André Gomma de; BUZZI, Marco Aurélio. *Novos Desafios para a Mediação e a Conciliação no CPC:* artigo 334, nov. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-nov-11/novos-desafios-mediacao-conciliacao-cpc-artigo-334. Acesso em: 12 set. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Estatuto da família de fato.* São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil*: Introdução e Teoria Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 24, n. 95, p. 122-134, jul./set. 1999.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais:* a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola*? 2013. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade

de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-07082013-134418/pt-br.php. Acesso em 26 maio 2020.

BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o art. 2.039 do Código Civil. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARBOZA, Heloísa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. *In:* BARRETTO, Vicente. (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). *O melhor interesse da criança:* um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

BARROS, Sérgio Rezende de. *Direitos humanos e direito de família.* Disponível em: http://www.srbarros. com.br/artigos.php?TextID=85. Acesso em: 20 fev. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico,* Salvador, Ano 1, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf. Acesso em: 15 maio 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Interesse Público,* Belo Horizonte, v. 5, n. 19, p. 51-80, 2003, p. 56.

BERNARDO morreu dia 4 de abril de forma 'violenta', diz atestado de óbito: Corpo de Bernardo, 11 anos, foi encontrado enterrado em matagal no RS. Advogado de avó materna diz reconheceu corpo 'pelos dentes da frente'. *G1*. Rio Grande do Sul. 30 de abr. 2014. Disponível em: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/04/bernardo-morreu-dia-4-de-abril-de-forma-violenta-diz-atestado-de-obito.html. Acesso em 28 maio 2020.

BERNARDO, Wesley Louzada. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.) *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2.

BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. *In*: NOVAIS, Fernando A.; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Coord.). *História da vida privada no Brasil:* contrastes da intimidade contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, v. 4.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN, 2003. 3 v.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1945, v. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, v. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça:* um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BIRCHAL, Alice de Souza. União estável. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. 5. ed. Campinas: Millennium, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Liberdade e igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAFÉ-SCHIMITT, Jean-Pierre. *La médiation*: une justice douce. Paris: Syros-Alternatives, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). *Mediação:* métodos de resolução de controvérsia. São Paulo: LTr, 1999.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. *In*: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresh da. (Org.). *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Alienação de bens na união estável e embargos de terceiro. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRUM, Jander Maurício. *Comentários à lei de alimentos*. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 3, n. 12, p. 27-39, jan./mar. 2002.

CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no direito privado. *Revista de Direito Privado,* São Paulo, v. 5, n. 19, p. 83-129, jul./set. 2004.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Francisco José. Direito intertemporal no livro de família (regime de bens e alimentos) e sucessões. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 203-204.

CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio.* 12.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 73;

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. São Paulo: RT, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo.; PADILLA, Roberto. E. *Negociacón y mediacón*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 3 v.

CÂMARA, Marcelo de Faria. *Monoparentalidade e inseminação artificial heteróloga*: considerações jurídicas. 2003. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

CAMPOS, Carolina Lopes Cançado; VALADARES, Maria Goreth Macedo. A autonomia privada e o regime obrigatório de bens para os maiores de sessenta anos. *In:* FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil*: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CÂNDIDO, João Batista de Oliveira. Do casamento. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CANEZIN, Claudete de Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 8, n. 36, p. 71-87, jun./jul. 2006.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento: regimes mistos. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil:* La Famille**.** 16 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

CARMINATE, Raphael Furtado. *Capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para constituir família*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. A coabitação como elemento acidental e não essencial da sociedade conjugal e da união estável: a lição da pandemia da Covid-19. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil,* Belo Horizonte, v. 26, p. 107-129, out./dez. 2020. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/601/420 .Acesso em: 28 ago. 2022.

CARVALHO, Newton Teixeira. A nova execução no direito de família. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro.* 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631. Acesso em: 17 jul.10.

CARVALHO, Newton Teixeira. Os entraves processuais em ação de alimentos, execução e o novo Código de Processo Civil. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e solidariedade:* teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Newton Teixeira. Principais inovações processuais do NCCB no direito de família. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, Ano 9, n. 46, p. 14-21, fev./mar. 2008.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno:* por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CICHELLI, Vincenzo (Org.) *Família e individualização.* Rio de Janeiro: FGV, 2000.

COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COLANGES, Fustel. *A cidade antiga.* Lisboa: Livraria Clássica, 1950.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL – Seção São Paulo. *O povo: contrato de namoro?* Publicado em 18/12/2018. Disponível em: https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=17218&filtro=1&lj=1366. Acesso em 02 fev. 2021.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da tutela e da curatela. *In*: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, Mandamentos, 2008.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da tutela. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo Pereira da. *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.957/10. *Diário Oficial da União*, Brasília, 06 jan. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.168/17. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168. Acesso em: 25 out. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.294/21. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro

de 2017, Seção 1, pág. 73. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 29 out. 2019.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto: como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 20-39, out./nov. 2005.

COSTA-LASCOUX, Jacqueline. Procriação e bioética. *In*: DUBY, Georges; Perrot, Michelle (Org.). *História das mulheres no ocidente.* Madri: Afrontamento, 1991.

CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. Os negócios jurídicos na união estável e terceiros de boa-fé. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e solidariedade:* teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRIVELLA, Marcelo. Abandono afetivo. *Jornal do Povo do Rio,* Rio de Janeiro, 13 dez. 2007. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/senador/marcelocrivella/artigos/abandono.htm. Acesso em: 05 jan. 2008.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Leme, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA, João. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. NUNES, Dierle; DIDIER, Fredie. Et al. *Novas tendências do Processo civil:* estudos sobre o projeto de novo CPC. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2014.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação escolar e educação no lar: espaços de uma polêmica. *Educação & Sociedade,* Campinas, v. 27, n.96, Especial, p. 677-688, out. 2006, p. 685. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/es/v27n96/a03v2796.pdf. Acesso em: 18 ago.2011.

DAYRELL, Juarez. A escola como espaço sociocultural. *In:* DAYRELL, Juarez (Org.) *Múltiplos olhares sobre educação e cultura.* 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DANTAS, San Tiago. *Direitos de família*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DELERUE, Rafael Camargo. *Os frágeis alicerces da monogamia*. Abril de 2004. Disponível em: http://dantas.editme.com/files/textos/monogamia.2.htm. Acesso em: jun. 2008.

DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. *In:* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628. Acesso em: 14 jul. 10.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 10. ed . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 596.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*: execução. 3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, 5 v.

DIEHL, Rosilene Moraes. *Jogando com as diferenças.* São Paulo: Phorte, 2006.

DINIZ, Almaquio. *Nulidades e anulações do casamento.* São Paulo: Saraiva, 1928.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Sistemas de Registros de Imóveis*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EBERLE, Simone. Mais capacidade, menos autonomia: o estatuto da menoridade no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 6, n. 24, p. 24-35, jun./jul. 2004.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional.* Madrid: Civitas, 1991.

EVANGELISTA, Fábio Henrique. A imposição legal do regime de separação de bens em razão da idade: uma análise constitucional de seus efeitos e a sua influência sobre o direito à busca da felicidade. *In:* FIUZA, César (Org); RODRIGUES, Edwirges Elaine Rodrigues; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. (Coord.). *Temas relevantes sobre o direito das famílias*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade:* relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever alimentar para um novo direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A separação judicial à luz do garantismo constitucional*: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos decorrentes do parentesco. *In:* CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de permanecer casado (ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas). *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, n. 18, p. 49-82, jun./jul. 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FARIAS, Luciano Chaves de. Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões,* Porto Alegre, n. 1, v. 01, p. 5-24, dez./jan. 2008.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão, Dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa.* 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. *A desconstituição da paternidade no direito brasileiro.* 2000. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

FIGUEIREDO. Luciano L. Alimentos Compensatórios: Compensação Econômica e Equilíbrio Patrimonial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil.* Vol. 6 – Out / Dez 2015. p. 42-68.

FIGUEIREDO, Roberto. O Código Civil de 2002 e as entidades familiares. Direito convivencial: uma tentativa de conformação principiológica. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 36, p. 17-31, jun./jul. 2006.

FIUZA, César. *Direito civil:* curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIUZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana.* São Paulo: IOB Thomson, 2006.

FIUZA, César. Tomada de decisão apoiada. *In:* PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

FIUZA, César; BRITO, Lucas Pimenta de Figueiredo. Para uma compreensão integral do abuso de direito no contexto da responsabilidade delitual e da boa-fé objetiva. *In:* FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil*: atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIUZA, César Augusto de Castro; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Proteção ambiental e personificação dos animais. *Veredas do Direito,* Belo Horizonte. v. 11, n. 22, p. 55-76. Julho/Dezembro de 2014.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce. *El derecho civil constitucional.* Madrid: Civitas, 1991.

FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade II*: o uso dos prazeres. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões.* 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635. Acesso em: 17 jul. 10.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* volume 6: direito de família. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença:* Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 180.

GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto de superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. *In:* FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil:* atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação:* o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida homóloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAOS, Mónica Beltrán. Tolerancia e derechos humanos. *Política y Cultura,* México, n. 21, p. 179-189, primavera 2004.

GARCEZ FILHO, Martinho. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho. 1932, v. 2.

GARCIA, Marco Túlio Murano. O pacto da maturidade: da alteração do regime de bens na constância da sociedade conjugal. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

GARDNER, Richard A. *The parental alienation syndrome.* A guide for mental health and legal professionals. 2. ed. Cresskill, New Jersey: Creative Therapeutics, 1998.

GIORGIANNI, Michele. Direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 747, p. 35-55, jan. 1998, p. 41.

GIOVANNETTI, Marcio de Freitas. O sujeito e a lei: um percurso acidentado. *In:* GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família:* uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. Educação não-formal na pedagogia social. *In:* CONGRESSO INTERNACIONAL DE PEDAGOGIA SOCIAL, 1., 2006, São Paulo. *Proceedings of the...* São Paulo: Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: http://www.proceedings. scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000092006000100034&lng =en&nrm=abn. Acesso em: 20 fev. 2009.

GOMES, Orlando. *A crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2006, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 v.6. *E-book*.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5.

GONTIJO, Juliana. *Comentários ao título II do novo CC:* arts. 1.639 a 1.722. 2008. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Juliana _Gontijo/Comentarios.pdf. Acesso em: 25 fev. 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações: parentesco e autoridade parental. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2003, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2003.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise:* rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GUIMARÃES, Luíza Resende; LARA, Mariana Alves. A coexistência entre curatela e tomada de decisão apoiada: semelhanças, diferenças e a questão da (in) fungibilidade. *In*: LARA, Mariana Alves; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito das famílias e das sucessões: contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC MINAS, UFMG e UFOP. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Adultério virtual, infidelidade virtual. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000. Belo Horizonte. *Anais...*Belo Horizonte: IBDFAM, 2000, p. 445-446.

HAHNER, June. E. *Emancipação do sexo feminino:* a luta pelo direito da mulher no Brasil 1850-1940. Florianópolis: Mulheres, 2003.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia.* Lisboa: Europa-América, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIGHTON, Elena I; ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Família e cidadania:* o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do novo milênio.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HURSTEL, Françoise. *As novas fronteiras da paternidade.* São Paulo: Papirus, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA A ESTATÍSTICA. *Estatísticas do registro civil 2003*. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2003/comentarios.pdf. Acesso em: 22 fev. 02 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais.* 2003. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sintese indicsociais2003/default.shtm. Acesso em: 22 fev. 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Tabela 5.8 - Divórcios concedidos em 1ª instância, a casais com filhos menores de idade e número de filhos menores de idade, por responsável pela guarda dos filhos, segundo o lugar da ação do processo – 2019. *Estatísticas. Downloads. Registro Civil.* Tabelas de Resultados. 2019. ODS. Divórcios. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/downloads-estatisticas.html. Acesso em 03 fev. 2021.

JUÍZA nega pedido de vínculo socioafetivo pós-morte. *Notícias Editora Magister,* Porto Alegre, 14 jul. 2008. Disponível em: http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=29776&page=1. Acesso em: 14 fev. 2009.

JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano:* parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, v. 1.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes.* São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os pensadores).

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KLEINMAN, Arthur; EISENBERG, Leon. Mental health in low-income countries. *Nature medicine,* v. 1, p. 630-631, jul. 1995. Disponível em: http://www. nature.com/nm/journal/v1/n7/abs/nm0795-630.html. Acesso em: 10 abr. 2009.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LASARTE, Carlos. A pensão derivada da separação ou do divórcio na experiência espanhola. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Campinas: Minelli, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5, p. 50.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais:* a situação de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame do DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Repertório de doutrina sobre direito de família.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da. *Dicionário de bioética*. Tradução de A. Maria da Rocha. Aparecida: Editorial Perpétuo Socorro, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.* Milano: Giuffrè. Anno IV, 1950.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Alimentos do cônjuge na separação judicial e no divórcio*. Cuiabá: UFMT, 1983.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à Justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 149.

LIMA, Frederico Henrique de. E por que não casar? (Um aspecto registral do estatuto dos concubinos). *In:* JACOMINO, Sérgio. *Registro de Imóveis*: Estudos de Direito Registral Imobiliário – XXIII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. *In:* BARRETTO, Vicente, (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 4, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 6, n. 26, p. 5-17, out./nov. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista CEJ*, v. 8, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004, p. 48. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero27/artigo06.pdf. Acesso em: 10 mar. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*. 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=622. Acesso em: 14 jul.10.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *In*: PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Família e cidadania:* o novo CCB e a *vacatio legis.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias.* São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: volume 5: Famílias.* 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book.*

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ. *Revista Jurídica,* Porto Alegre, n. 339, p. 45-56, jan. 2006.

LOPES, M. M. de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

LOREA, Roberto Arriada. O amor de Pedro por João à luz do direito de família: reflexões sobre o "casamento gay". *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 31, p. 31-38, ago./set. 2005.

LUZ, Aramy Dornelles da. *O divórcio no Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1978.

MACHADO, Martha de Toledo; NERY JUNIOR, Nelson. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. *Revista de Direito Privado,* São Paulo, n. 12, p. 9-49, out./dez. 2002.

MADALENO, Rolf. Alimentos entre colaterais. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 28, p. 105-112, fev./mar. 2005.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família.* Rio de Janeiro: Forense, 2008

MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*: aspectos polêmicos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MADALENO, Rolf. *Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios.* 2004. Disponível em: https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/obrigacao-dever-de-assistencia-e-alimentos-transitorios. Acesso em: 07 maio 2020.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MADALENO, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e cidadania:* o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Contratualização do casamento e simplificação das formas: questões relativas a estado civil e reconciliação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 9, n. 41, p. 66-78, abr./maio 2007.

MAIA, Renato. Da solidariedade nas relações de parentesco na colateralidade nas famílias recompostas. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6., 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais. Acesso em: 10 maio 2009.

MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. *La Famille.* 2. ed. Issy-les-Moulineaux: Defrénois, 2006. p. 318.

MALHEIROS, Antonio Carlos; CASABONA, Marcial Barreto. Da curatela. *In:* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Separação, Divórcio e Fraude na Partilha de Bens:* Simulações Empresariais e Societárias. São Paulo: Atlas, 2010.

MALTA, Rafaella Rodrigues; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Alienação parental: a responsabilização do ente alienador por meio da prática restaurativa. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. V.20. N.40 (2017). Publicado em 02 jul. 2018. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1025. Acesso em: 17 jul. 2021.

MARMITT, Arnaldo. *Pensão alimentícia*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins. Reflexões sobre a possibilidade de celebração de pacto antenupcial diante da imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento. *In:* FIUZA, César (Org); RODRIGUES, Edwirges Elaine Rodrigues; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. (Coord.). *Temas relevantes sobre o direito das famílias*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *A tutela da personalidade humana nas relações de consumo*. 1999. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n.º 58, p. 183 – 202, novembro de 2000.

MCKINNON, Rosemary; WALLERSTEIN, Judith. Joint custody and the preschool child. In: FOLBERG, Jay. *Joint Custody and shared*

*parenting.* New York: Guilford Press, 1991, p. 153-166. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=WrrsVQWYPb8C&pg=PA153&lpg=PA153&dq=Joint+Custody+and+the+Preschooler+Child&source=bl&ots=I43RTgPrk0&sig= NMFF3yfEBbKD94sNUw6OpV3JccI&hl=pt-BR&ei=znc3Sv6rHYKMjAfcu Pn2DQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1#PPR12,M1. Acesso em: 10 jun. 2009.

MENDONÇA, Rafael Baeta. Pacto antenupcial: os limites da estruturação patrimonial no casamento. *In:* LARA, Mariana Alves; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias e das sucessões:* contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC MINAS, UFMG e UFOP. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

MINAS GERAIS. Corregedoria Geral de Justiça. Aviso nº 011/GACOR/2003. *Diário do Judiciário,* Belo Horizonte, 08 abr. 2003.

MINAS GERAIS. Corregedoria Geral de Justiça. Instrução 32/79. *Diário do Judiciário,* Belo Horizonte, 10 fev. 1979.

MINAS GERAIS. Corregedoria Geral de Justiça. Provimento nº 190/CGJ/2009. *Diário do Judiciário*, Belo Horizonte, 11 ago. 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Direito de família:* exposição technica e systematica do Codigo Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família:* direito matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, v. 1.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*: direito matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*: parentesco. Campinas: Bookseller, 2001, v. 3.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado:* direito de família: direito parental, direito protetivo. Campinas: Bookseller, 2000, v. 9.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil:* direito de família. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e dignidade humana.* São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 779, p. 47-63, set. 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In:* PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coord.). *Os princípios da constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 343, p. 157-168, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais e relações de família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, Luciana Maria Reis. *Alienação Parental*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

MOTTA, Afonso Antunes da. *Projeto de Lei nº 5.768 de 2019*. Acrescenta dispositivos à lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para estabelecer as hipóteses de presunção de maternidade pela gestação na utilização de técnicas de reprodução assistida e autoriza a gestão de substituição. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=630782C12DADC658E195A583CAEDAA94.proposicoesWebExterno1?codteor=1832321&filename=Avulso+-PL+5768/2019#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20resolução,e%20da%20reprodução%20assistida%20heteróloga. Acesso em: 25 out. 2020.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. *O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de resolução de conflitos.* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, vol. esp. p. 288-311, dez. 2018, p. 290. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524. Acesso em: 05 nov. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Regras gerais sobre igualdade de oportunidade para pessoas com deficiência*: adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 48/96, de 20 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www. senai.br/psai/download/resolu%C3%A7%C3%A3o_48.pdf. Acesso em: 16 out. 2007.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Relacionalidade e autonomia privada:* o princípio da autonomia privada na pós-modernidade. 2003. 138p. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NEGRÃO, Theotônio. *Código civil e legislação civil em vigor*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

NOSSO AMOR EXISTE. *Visibilidade e cultura LGBTQ*. João Pessoa, Brasil. Instagram: @nossoamorexiste. Disponível em: https://instagram.com/nossoamorexiste?igshid=19f1h4lcip9es. Acesso em: 15 fev. 2021.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático.* Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora: 2012.

NUNES, Dierle; CÂMARA, Bernardo: SOARES, Carlos. *Processo Civil para OAB*. Salvador: Podivm, 2010.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Moisés Mileib de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; SILVA, Natanael Lud Santos e; Novo CPC, lei de mediação e os meios integrados de solução de conflitos familiares – por um modelo multiportas. *In:* ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodvim, 2016, (p. 685-707).

NUNES, Dierle. et. al. Novo CPC, Lei de Mediação e os Meios Integrados de Solução dos Conflitos Familiares. *In*: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de resolução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Aluisio Santos de. Útero de substituição: a autonomia privada e o direito ao corpo. 2014. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2014. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_OliveiraAS_1.pdf. Acesso em 11 out. 2020.

OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. *In:* CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves; SILVA, Marcelo Rodrigues da; REIS, Jordana Maria Mathias dos. Os elementos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para o reconhecimento da multiparentalidade. *In:* FIUZA, César (Org); RODRIGUES, Edwirges Elaine Rodrigues; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. (Coord.). *Temas relevantes sobre o direito das famílias*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SOUZA, Cibele Aimée de; SILVA, Lucas Jeronimo Ribeiro da. As nuances da autonomia progressiva de crianças e adolescentes em contextos jurídicos e institucionais: breves discussões. *In*: VIEIRA, Marcelo de Mello; BARCELOS, Paulo Tadeu Righetti. (Org.) *Direito da criança e do adolescente*: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

PÁDUA, Fabrício Renê Cardoso de. União estável e contrato de namoro. *In:* FIUZA, César (Org); RODRIGUES, Edwirges Elaine Rodrigues; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. (Coord.). *Temas relevantes sobre o direito das famílias*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

PAI que deu "aula de assalto" para crianças em SC pode perder guarda do filho. Notícias: Editora Magister, Porto Alegre, 09/06/2009. Disponível em: http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=36847&page=1. Acesso em: 09 jun. 2009.

PAIVA, Márcio. Ontologia da liberdade e suas implicações. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Org.). *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales:* teoria general. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no direito de família e no direito de companheiros*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito das sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 6.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russel, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família*: aspectos constitucionais civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família e psicanálise:* rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família:* uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Família e cidadania:* o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O Novo Divórcio no Brasil. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade:* Teoria e Prática do Direito de Família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 469-470.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? *In*: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família e psicanálise:* rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. *In:* CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de família e o novo código civil: alguns aspectos polêmicos ou inovadores. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 5, n. 18, p. 155-162, jun./jul. 2003.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e deveres nas relações familiares: uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança:* um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESSOA, Adélia Moreira. A objetivação da ruptura na separação judicial. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 38-56, out./dez. 2000.

PESSOA, Adélia Moreira. A objetivação da ruptura na separação judicial. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 5, n. 22, p. 38-56, fev./mar. 2004.

PINHEIRO, Maria de Lourdes Isaía. Negócios jurídicos nos direitos de família. *In:* ELESBÃO, Elsita Collor (Coord.). *Pessoa, gênero e família:* uma visão integrada do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil.* 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. *In:* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia. *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro.* São Paulo: Atlas, 1999.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares.* Tradução Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Da reflexão à ação).

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade:* aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUEIROZ, Mônica Cristina. *A discussão da culpa na separação judicial*: o amor não transita em julgado. 2005. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento:* de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RESPONSABILIDADE nas Relações de Família: Abandono Afetivo x Material e o STJ com Pablo Stolze. 1 vídeo (1h31min55s). *Gran Cursos Jurídico*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=MvBhllhH8IA. Acesso em 11 abr. 2021.

REY, Alain. *Dictionnaire Le Robert Micro.* Paris: LeRobert, 2008.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. *In:* SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho;

LARA, Mariana Alves. *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Lições de direito de família*. Belo Horizonte: Lafayette, 2021.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES JÚNIOR, Luiz Otávio. *Alimentos compensatórios no Brasil e no exterior* (parte 4). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-fev-05/direito-comparado-alimentos-compensatorios-brasil-exterior-parte. Acesso em: 07 maio 2020.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; MALTA, Rafaella Rodrigues. Alienação parental: a responsabilidade do ente alienador por meio da prática restaurativa. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 20 p. 245-273. 2018, p. 262.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; CAMPOS, Isabel Prates de Oliveira. A (in) aplicabilidade dos "alimentos" compensatórios no Brasil: uma análise comparada com a prestação compensatória do direito francês. In: Leonardo Macedo Poli; Fernanda São José. (Org.). *Direito Civil na Contemporaneidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, v. 3, p. 173-198.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; OLIVEIRA, Marina Lima Pelegrini. Alimentos e prestação compensatória: uma distinção necessária. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 31. ano 9. p. 193-218. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES JÚNIOR, W. E.. Autonomia Privada nas Relações Familiares. In: Carlos José Cordeiro; Josiane Araújo Gomes. (Org.). *Temas Contemporâneos de Direito das Famílias*: Volume 2. 1ed.São Paulo: Editora Pilares, 2015, v. 2, p. 303-326.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da (in)constitucionalidade do tratamento desigual entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios. In: Walsir Edson Rodrigues Júnior. (Org.). *Temas atuais de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: RTM, 2014, v. 1, p. 395-422.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável. *Revista do Direito Imobiliário*, v. 70, p. 417-448, 2011.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; NUNES, Dierle. Emenda Constitucional nº 66 e a Possibilidade Jurídica do Pedido de Separação Judicial e de Separação Extrajudicial. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre/Belo Horizonte, n. 18, p. 5-28, out./nov. 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; LANA, Fernanda Campos de Cerqueira. O direito e a falta de afeto nas relações paterno-filiais. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) *Direito civil*: atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Os alimentos e a transmissibilidade da obrigação de prestá-los. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 8, p. 42-72, 2006.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Separação e divórcio consensuais: possibilidade de criação de novos modos de subjetivação. *Autêntica* (Goiânia), v. 5, p. 279-287, 2008.

RODRIGUES, Maria Alice. *A mulher no espaço privado*: da incapacidade à igualdade de direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Renata de Lima. *Incapacidade, curatela e autonomia privada*: estudos no marco do Estado Democrático de Direito. 2007. 197f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

RODRIGUES, Silvio. Do casamento. *In:* AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 17.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, v. 2.

RUZKY, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana.* São Paulo: IOB Thomson, 2006.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas:* da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SÁ, Hugo Ribeiro. Família anaparental: uma realidade ou ficção jurídica? *Direito UNIFACS: Debate Virtual*, Salvador, jan. 2008. Disponível em: http://www. facs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2008/discente/dis4.doc. Acesso em: 20 ago. 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes:* saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2003, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SAFATIAN, Saman. La rédaction du Code civil, Napoleonica. *La Revue 2013/1* (N° 16), p. 49-63. DOI 10.3917/napo.131.0049. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-napoleonica-la-revue-2013-1-page-49.htm. Acesso em 05 jun. 2020.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

SALES, Lília Maia de Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, Lilia Maia de Morais; SOUSA, Mariana Almeida de. O Sistema de múltiplas portas e o poder judiciário brasileiro. *Revista direitos Fundamentais & Justiça.* – ano 5, nº 16, p. 204-220, jul./set. 2011. p. 206/207.

SALLES, Gladys Maluf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa.* 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624. Acesso em: 14 jul. 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de direito civil:* direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. 8.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In:* SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Francisco José Rezende dos. *Direito registral imobiliário*: a transmissão de imóveis nas fusões, cisões e incorporações de sociedade anônimas. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SANTOS, J.M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado.* 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. 4.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A obrigação alimentar na perspectiva ética. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Marina Alice de Souza. *Famílias simultâneas no direito brasileiro:* a boa-fé no reconhecimento e na partilha de bens. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SantosMAS_2.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de. *O homeschooling sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na constituição:* algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Disponível em: http://www.iargs.com.br. Acesso em: 23 abr. 2009.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCRIPILLITI, Marcos Scarcela Portela; CAETANO, José Fernando. Aspectos relevantes da mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação,* São Paulo, Ano 1, n. 1, p. 317-331, jan./abr. 2004.

SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 122-147, ago./set. 2004.

SILVA, Marcos Alves da. De filho para pai: uma releitura da relação paterno-filial a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista Brasileira de Direito de Família.,* Porto Alegre, v. 2, n. 06, p. 23-60, jul./set. 2000.

SILVA, Paula Costa e. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade, p. 303-319. *In*: WALD, Arnaldo (organizador). *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 (Coleção Doutrinas Essenciais vol. 6).

SILVA, Paulo Lins e. O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e cidadania:* o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SIMÃO, José Fernando. Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro.* Ano 2, n. 6, p. 5841-5850, 2013.

SIMÃO, José Fernando. *A PEC do Divórcio e a Culpa:* Impossibilidade. 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627. Acesso em: 14 jul. 2010.

SINGLY, François de. O nascimento do 'indivíduo individualizado' e seus efeitos na vida conjugal e familiar. *In:* PEIXOTO, Clarice Ehlers; SINGLY, Francois de; CICHELLI, Vincenzo (Org.) *Família e individualização.* Rio de Janeiro: FGV, 2000.

SOIHET, Raquel. *Condição feminina e formas de violência*: mulheres pobres e ordem urbana 1890-1920. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 2, n. 8, p. 52-61, jan./mar. 2001.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade.* Coimbra: Coimbra, 1995.

SOUZA, Iara Antunes de. Reflexões sobre os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no direito das famílias: curatela e casamento. *In*: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SOUZA, Iara Antunes de; OLIVEIRA, Priscilla Jordanne Silva. A (in)fungibilidade entre a curatela e a tomada de decisão apoiada: capacidade e sistema de apoio das pessoas com deficiência. *In*: LARA, Mariana Alves; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito das famílias e das sucessões: contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC MINAS, UFMG e UFOP. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de; DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter) seções do afeto e da lei. *Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 4, p. 273-280, out./dez. 2000.

STF nega recurso que pedia reconhecimento de direito a ensino domiciliar. *Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 12 set. 2018. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496. Acesso em: 03 maio 2020.

STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. Família constitucional, separação litigiosa e culpa. *In:* PORT, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

TARTUCE, Flávio. *A PEC do Divórcio e a Culpa:* Possibilidade. 2010. *D*isponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=579. Acesso em: 14 jul. 10.

TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 08, n. 35, p. 5-32, abr./maio 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* Direito de Família. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* Direito de família. v.5.15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*: família. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Deficiência psíquica e curatela: reflexões sob o viés da autonomia privada. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Porto Alegre, n. 7, p. 64-79, dez./jan. 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 138-158, out./nov. 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. *In*: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Porto Alegre, n. 10, p. 34-60, jun./jul. 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Envelhecendo com autonomia. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil*: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do

Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 6, n. 26, p. 18-34, out./nov. 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas de. Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões,* Porto Alegre, Ano 9, n. 0, p. 57-73, out./nov. 2007.

TEIXEIRA, Paulo Eduardo. *O outro lado da família brasileira.* Campinas: Unicamp, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In:* BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In:* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões,* Porto Alegre, v. 2, p. 12-13, fev./mar. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. *In*: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos de Direito Civil*: Direito de família. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book.*

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. *Droit civil:* les persones, la famille, les incapacités. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual:* processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 42.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 2v.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigância de Interesse Público e Execução Comparticipada de Políticas Públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 224. Out. /2013.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil*: Fundamentos e sistematização. 2.ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

TERRÉ, François; GOLDIE-GENICON, Charlotte; FENOUILLET, Dominique. *Droit Civil:* La Famille. 9 ed. Paris: Éditions Dalloz, 2018, p.226.

TITO, Karenina. Dever de fidelidade: contratual ou extracontratual? *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson; MULTEDO, Renata Vilela. *Responsabilidade civil e direito de família:* o direito de danos na parentalidade e conjugalidade. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

TRANCOSO, Renata Vitória Oliveira S.; LIMA, Marcellus Polastri. *Alimentos compensatórios e as causas de seu deferimento no Brasil.* 2014. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista038/ALIMENTOS_COMPENSATORIOS_E_AS_CAUSAS_DE_SEU_DEFERIMENTO_NO_BRASIL.pdf. Acesso em: 03 jul. 2019.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. As famílias reconstituídas. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008.

VALADARES, Nathália de Campos. *Coparentalidade: modalidade de arranjo familiar analisada sob a ótica dos princípios constitucionais do livre planejamento familiar, da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil.* 5 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil. *In:* CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio:* estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade.* São Paulo: Malheiros, 1997.

VELOSO, Zeno. Direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. *In*: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VELOSO, Zeno. Um caso em que a recusa ao exame de DNA não presume a paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, Ano 4, n. 14, p. 51-70, jul./set. 2002.

VENCELAU, Rose Melo. Família, indivíduo e tecnologia: o biodireito. *Revista Trimestral de Direito Civil,* v. 4, v. 15, p. 283-297, jul./set. 2003.

VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 6.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. *In*: VIANA, Rui Geraldo Camargo *et al*. *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIANA. Marco Aurélio S. *Teoria e prática do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1983.

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

VILLELA, João Baptista. As novas relações da família. *In*: *Anais da XV Conferência Nacional da OAB em Foz do Iguaçu*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,* Belo Horizonte, Ano 27, n. 21, p. 401-419, maio 1979.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 71, p. 45-51, jul./set. 1980.

VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade:* por uma ordem social não violenta. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982. (Série Monografias, nº 3).

VILLELA, João Baptista. *Natureza do regime de participação final nos aqüestos e fins do casamento*. 2008. Disponível em: http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/Joaobatista.pdf. Acesso em: 25 fev. 2009.

VÍTOR, Paula Távora. *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída.* Coimbra: Coimbra, 2008.

VÍTOR, Paula Távora. Procurador para cuidados de saúde. Importância de um novo decisor. *Lex medicinae,* Coimbra, n. 1, p. 121-134, jan./jul. 2004.

WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro*: o novo direito de família. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro:* o novo direito de família. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e sociafetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro:* amor líquido e direito de família moderno. 2. ed. 2. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

YAGÜE, Francisco Lledó. Breve discurso sobre bioetica y derecho: la revolución biogenética versus situación familiar. *Estudos de Deusto: Revisa de la Universidad de Deusto, v.* 34, n. 77, p. 341-367, jul./dic. 1986.